التكملة الثانية



شرح المهذب

الجزء الثامن عشر

الناشر
المكتبة السلفية
المدينة المنورة



قال المصنف رحمه الله تعالى :

كتاب الأيمان

﴿ باب من تصح يمينه وما تصح به اليمين ﴾

تصح اليمين من كل مكلف مختار قاصد إلى اليمين لقوله تعالى « لا يؤاخذكم الله باللغو فى أيمانكم ، ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان » وأما غير المكلف كالصبي والمجنون والنائم فلا تصح يمينه لقوله صلى الله عليه وسلم « رفع القلم عن ثلاثة ، عن الصبي حتى يبلغ ، وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن المجنون حتى يفيق » ولأنه قول يتعلق به وجوب حق فلا يصح من غير مكلف كالبيع ، وفيمن زال عقله بالسكر طريقان على ما ذكرناه فى الطلاق .

وأما المكره فلا تصح يمينه لما روى واثلة بن الأسقع وأبو أمامة رضى الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « ليس على مقهور يمين » ولأنه قول حمل عليه بغير حق فلم يصح ، كما لو أكره على كلمة الكفر . وأما من لا يقصد اليمين وهو الذى يسبق لسانه إلى اليمين ، أو أراد اليمين على شىء فسبق لسانه إلى غيره فلا تصح يمينه لقوله عز وجل « لا يؤاخذكم الله باللغو فى أيمانكم » وروى عن ابن عمر وابن عباس وعائشة رضى الله عنهم أنهم قالوا « هو قول الرجل لا والله ، وبلى والله » ولأن ما سبق اليه اللسان من غير قصد لا يؤاخذ به ، كما لو سبق لسانه إلى كلمة الكفر .

(الشرح) قوله تعالى « باللغو » مصدر لغا يلغو ويلغى وبابه نصر وعلم إذا أتى بما لا يحتاج اليه فى الكلام أو بما لا خير فيه . قال ابن بطال بما لا قصد له فيه . وفى الحديث « إذا قلت لصاحبك والإمام يخطب أنصت فقد لغوت » ولفظ أبى هريرة « فقد لغيت » قال العجاج

ورب أسراب حجيج كظم   عن اللغا ورفث التكلم

وقال الفرزدق : ولست بمأخوذ بلغو تقوله   إذا لم تعمد عاقدات العزائم

واختلف فى سبب نزول الآية ، فقال ابن عباس سبب نزولها الرهط الذين حرموا طيبات المطاعم والملابس والمناكح على أنفسهم ، حلفوا على ذلك ، فلما نزلت « لا تحرموا طيبات ما أحل الله لكم » قالوا كيف نصنع بأيماننا ؟ فنزلت هذه الآية . قال القرطبى والمعنى على هذا القول ، إذا أتيتم باليمين ثم ألغيتموها ، أى أسقطتم حكمها بالتكفيرة وكفرتم فلا يؤاخذكم الله بذلك ، وإنما يؤاخذكم بما أقمتم عليــــه فلم تلغوه — أى فلم تكفروا — فبان بهذا أن الحلف لا يحرم شيئا . وهو دليل الشافعى رضى الله عنه على أن اليمين لا يتعلق بها تحريم الحلال وأن تحريم الحلال لغو كما أن تحليل الحرام لغو . اه

وروى أن عبد الله بن رواحة كان له أيتام وضيف ، فانقلب من شغله بعد ساعة من الليل فقال أعشيتم ضيفى؟ فقالوا انتظرناك، فقال لا والله لا آكله الليلة فقال ضيفه وما أنا بالذى يأكل . وقال أيتامه ونحن لا نأكل ، فلما رأى ذلك أكل وأكلوا ، ثم أتى النبى صلى الله عليه وسلم فأخبره فقال له « أطعت الرحمن وعصيت » فنزلت الآية

وفى البخارى فى آية البقرة « لا يؤاخذكم الله باللغو فى أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما كسبت قلوبكم » عن عائشة رضى الله عنها أنها نزلت فى قول الرجل لا والله وبلى والله . وقيل اللغو ما يحلف به على الظن فيكون بخلافه . قاله مالك حكاه ابن القاسم عنه . قال القرطبى وقال به جماعة من السلف

قرأ حمزة والكسائى وشعبة عن عاصم (عقدتم) بالتخفيف بلا ألف ، وقرأه ابن ذكوان عن ابن عامر «عاقدتم» بألف بوزن فاعل[1] وقرأه الباقون بالتشديد من غير ألف .

قال مجاهد معناه تعمدتم أى قصدتم . وروى عن ابن عمر أن التشديد يقتضى التكرار ، فلا تجب عليه الكفارة إلا إذا كرر ، وهذا يرده ما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « إنى والله ، ان شاء الله لا أحلف على يمين فأرى غيرها

---

(١) وذلك لا يكون إلا من اثنين فى الأكثر من حلف لأجله فى كلام وقع منه ، أو يكون المعنى بما عاقدتم عليه الأيمان

خيراً منها إلا أتيت الذى هو خير وكفرت عن يمينى » فذكر وجوب الكفارة فى اليمين التى لم تتكرر

قال أبو عبيد التشديد يقتضى التكرير مرة بعد مرة ، ولست آمن أن يلزم من قرأ بتلك القراءة ألا توجب عليه كفارة فى اليمين الواحدة حتى يرددها مراراً وهذا قول خلاف الإجماع كما يقول القرطبى . وروى عن نافع أن ابن عمر كان إذا حنث من غير أن يؤكد اليمين أطعم عشرة مساكين ، فإذا وكد اليمين أعتق رقبة . قيل لنافع ما معنى وكد اليمين ؟ قال أن يحلف على الشىء مراراً

وقال الجكنى فى أضواء البيان والتضعيف والمفاعلة معناهما مجرد الفعل بدليل قراءة (عقدتم) بلا ألف ولا تضعيف ، والقراءات يبين بعضها بعضاً ، وما فى قوله (بما عقدتم) مصدرية على التحقيق لا موصولة ، كما قاله بعضهم زاعما أن ضمير الربط محذوف اه

وقال القرطبى فى الآية (عقدتم) مخفف القاف من العقد ، والعقد على ضربين حسى كعقد الحبل وحكمى كعقد البيع . قال الشاعر [1]

قوماً إذا عقدوا عقداً لجارهم　　　شدوا العناج وشدوا فوقه الكربا

فاليمين المنعقدة منفعلة من العقد ، وهى عقد القلب فى المستقبل ألا يفعل ففعل أو ليفعلن فلا يفعل كما تقدم ، فهذه التى يحلها الاستثناء والكفارة على ما يأتى .

وحديث رفع القلم وقع فى رواية لأحمد فى مسنده وأبى داود والنسائى والحاكم فى الصحيح عن عائشة بلفظ « رفع القلم عن ثلاثة ، عن النائم حتى يستيقظ ، وعن المبتلى حتى يبرأ ، وعن الصبى حتى يكبر »

وفى رواية لهم عن على وعمر رضى الله عنهما « رفع القلم عن ثلاثة ، عن المجنون المغلوب على عقله حتى يبرأ ، وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن الصبى

---

(١) هذا البيت للحطيئة والعناج ككتاب حبل يشد فى أسفل الدلو العظيمة ، ويطلق على الأمر وملاكه . وقوله « لا عناج له » أرسل بلا روية ، والكرب بالتحريك أصول السعف الغلاظ العراض ، والحبل يشد فى وسط العراقى ليلى الماء فلا يعفن الحبل الكبير ؟　　　المطيعى

حتى يحتلم » والرفع لا يقتضى تقدم وضع كما فى قول يوسف عليه السلام « انى تركت ملة قوم لا يؤمنون بالله » وهو لم يكن على ملتهم أصلا . وكذا فى قول شعيب « قد افترينا على الله كذبا ان عدنا فى ملتكم بعد اذ نجانا الله منها » ومعلوم أن شعيباً لم يكن على ملتهم قط . وأخرجه الدارقطنى : نا أبو بكر النيسابورى نا محمد بن عبدالله بن عبدالحكم نا عبدالله بن وهب أخبرنى جرير بن حازم عن سليمان ابن مهران عن أبى ظبيان عن ابن عبـــاس قال « مر على بن أبى طالب بمجنونة بنى فلان قد زنت فأمر عمر برجمها فردها على وقال لعمر : أما تذكر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : رفع القلم عن ثلاثة . عن المجنون المغلوب على عقله . وعن النائم حتى يستيقظ . وعن الصبي حتى يحتلم ؟ قال : صدقت فخلى عنها » .

وأخرج البخارى قول على تعليقاً فى باب الطلاق والرجم . ووصله البغوى فى الجعديات عن على بن الجعد عن شعبه عن الاعمش عن أبى ظبيان عن ابن عباس أن عمر أتى بمجنونة قد زنت وهى حبلى فأراد أن يرجمها فقال له على : أما بلغك أن القلم قد وضع عن ثلاثة فذكره وتابعه ابن نمير ووكيع وغير واحد عن الاعمش ورواه جرير بن حازم عن الأعمش فصرح فيه بالرفع . أخرجه أبو داود وابن حبان من طريقه . وأخرجه النسائى من وجهين آخرين عن أبى ظبيان مرفوعا وموقوفا لكن لم يذكر فيهما ابن عباس جعله عن أبى ظبيان عن على . ورجح الموقوف على المرفوع . ولفظ الحديث المرفوع « مر بمجنونة بنى فلان قد زنت فأمر عمر برجمها فردها على وقال لعمر : أما تذكر » الحديث .

ورواية جرير بن حازم متصل لكن أعله النسائى بأن جرير بن حازم حدث بمصر بأحاديث غلط فيها . وفى رواية أبى داود والنسائى أتى عمر بامرأة فذكر الحديث وفيه فخلى على سبيلها . فقال عمر : ادعوا لى عليا فقال : ياأمير المؤمنين إن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : إلخ .

أما حديث واثلة وأبى أمامه فقد أخرجه الدارقطنى : نا أبو بكر محمد بن الحسن المقرى نا الحسين بن ادريس عن خالد بن الهياج نا أبى عن عنبسه بن عبد الرحمن عن العلاء عن مكحول عن واثلة بن الاسقع وعن أبى أمامه قالا « قال رسول الله

صلى الله عليه وسلم : ليس على مقهور يمين ، هكذا أخرجه الدارقطني وفي اسناده عنبسة . قال البخاري : تركوه ، وروى الترمذي عن البخاري ذاهب الحديث . وقال أبو حاتم : كان يضع الحديث أما جده عنبسة بن سعيد بن العاص فثقة تابعي كان أحد الأشراف يروى عن أبي هريرة وأنس وثقه ابن معين وأبو داود ، وأما حفيده هذا فقد قال في التنقيح في حديث : ليس على مقهور يمين حديث منكر بل موضوع ، وفيه جماعة ممن لا يجوز الاحتجاج بهم اه .

والحسين بن ادريس عن ابن الهياج . قال ابن أبي حاتم كتب الى بجزء من حديثه فأول حديث فيه باطل والثاني باطل والثالث ذكرته لعلي بن الجنيد فقال أحلف بالطلاق أنه حديث ليس له أصل . وكذا هو عندي فلا أدري البلاء منه أو من خالد بن هياج اه من الميزان .

أما الأحكام فإن اللغو ما يجرى على لسان الانسان من غير قصد كقوله : لا والله وبلى والله ، وبهذا قالت عائشة في احدى الروايتين عنها . وروى عن ابن عمر وابن عباس في أحد قوليه والشعبي وعكرمة في أحد قوليه وعروة وأبي صالح والضحاك في أحد قوليه وأبي قلابة والزهري كما جاء في ابن كثير والقرطبي وأضواء البيان وغيرها

وذهب مالك الى أن اللغو هو أن يحلف على ما يعتقده فيظهر نفيه ، وقال انه أحسن ما سمعه في معنى اللغو ، وهو مروى أيضاً عن عائشة وأبي هريرة وابن عباس في أحد قوليه ، وسليمان بن يسار وسعيد بن جبير ومجاهد في أحد قوليه وابراهيم النخعي في أحد قوليه ، والحسن وزرارة بن أوفى وأبي مالك وعطاء الخراساني وبكر بن عبد الله وأحد قولى عكرمة وحبيب بن أبي ثابت والسدى ومكحول ومقاتل وطاوس وقتادة والربيع بن أنس ويحي بن سعيد وربيعة . وقال في أضواء البيان والقولان متقاربان واللغو يشملهما ، لأنه في الأول لم يقصد عقد اليمين أصلا ، وفي الثاني لم يقصد الا الحق والصواب .

قال أبو هريرة : اذا حلف الرجل على الشيء لا يظن الا أنه اياه ، فإذا ليس هو فهو لغو ، وليس فيه كفارة . وقال الحنابلة ان نوى بيمينه ما يحتمله انصرفت يمينه اليه سواء موافقاً لظاهر اللفظ أو مخالفاً له :

وقال الشافعي وأبو حنيفة : لا عبرة بالنية ، والسبب فيما يخالف لفظه لأن الحنث مخالفة ما عقد عليه اليمين واليمين لفظه ، فلو أحنثناه على ماسواه لأحنثناه على ما نوى لا على ما حلف ، ولأن النية بمجردها لا تنعقد بها اليمين فكذلك لا يحنث بمخالفتها .

(فرع) من ذهب عقله بالسكر فحلف هل ينعقد يمينه ؟ وجهان ، أصحهما : ينعقد للتغليظ عليه ، وقد مضى بحث ضاف له في الطلاق فارجع اليه :

(فرع) قال الصنعانى في سبل السلام في حديث عائشة الذى أخرجه البخارى موقوفا وأخرجه أبوداود مرفوعا في قوله تعالى «لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم» هو قول الرجل لا والله وبلى والله ، قال : فيه دليل على أن اللغو من الأيمان ما لا يكون عن قصد الحلف ، وإنما جرى على اللسان من غير إرادة الحلف وإلى تفسير اللغو بهذا ذهب الشافعي ونقله ابن المنذر عن ابن عمر وابن عباس وغيرهما من الصحابة وجماعة من التابعين ، وذهب الهادوية والحنفية إلى أن لغو اليمين أن يحلف على الشيء يظن صدقه فينكشف خلافه ، وذهب طاوس إلى أنها الحلف وهو غضبان ، ثم قال : وتفسير عائشة أقرب لأنها شاهدت التنزيل وهى عارفة بلغة العرب .

(مسألة) قوله : وأما المكره فلا تصح يمينه ، وقد استدل المصنف بحديث واثلة وأبى أمامة ، وقد أوضحنا أنه يدور بين النكارة والوضع ، فلا يستحق الاستدلال به ، وأما الدليل الصحيح السليم الصالح للتمسك به فقوله : ولأنه قول حمل عليه بغير حق فلم يصح كما لو أكره على كلمة الكفر ، وهذا صحيح إذ أجمع أهل العلم على أن من أكره على الكفر حتى خشى على نفسه الهلاك أنه لا إثم عليه إن كفر وقلبه مطمئن بالإيمان ، ولا تبين منه زوجته ولا يحكم عليه بحكم الكفر هذا قول مالك والشافعي والكوفيين غير محمد بن الحسن فإنه قال : إذا أظهر الشرك كان مرتداً في الظاهر ، وفيما بينه وبين الله تعالى على الإسلام ، وتبين منه إمرأته ولا يصلى عليه إن مات ولا يرث أباه إن مات مسلماً .

قال القرطبي : وهذا قول يرده الكتاب والسنة قال تعالى « إلا من أكره » الآية وقال « الا أن تتقوا منهم تقاة » وقال « الا المستضعفين من الرجال والنساء

والولدان لا يستطيعون حيلة ولا يهتدون سبيلا فأولئك عسى الله أن يعفو عنهم » فعذر الله المستضعفين الذين يمتنعون من ترك ما أمر الله به ، والمكره لا يكون الا مستضعفاً غير ممتنع من فعل ماأمر به ، قاله البخارى ، فلما سمح الله عز وجل بالكفر به لمن أكره وهو أصل الشريعة ولم يؤاخذ به حمل عليه أهل العلم فروع الشريعة كلها ، فإذا وقع الإكراه عليها لم يؤاخذ به ولم يترتب عليه حكم ، وبه جاء الأثر المشهور عن النبي صلى الله عليه وسلم « رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » ويقول القاضى ابن العربى : والخبر وان لم يصح سنده فان معناه صحيح باتفاق من العلماء ، وذكر أبو محمد عبد الحق أن اسناده صحيح قال : وقد ذكره أبو بكر الاصيلى فى الفوائد وابن المنذر فى الاقناع .

اذا ثبت هذا : فإن يمين المكره غير لازمة عند مالك والشافعى وأبى ثور وأكثر العلماء .

قال ابن الماجشون وسواء حلف فيما هو طاعة لله أو فيما هو معصية اذا أكره على اليمين ، وقال أصبغ : بقوله ، وقال مطرف : ان أكره على اليمين فيما هو لله معصية أو ليس فى فعله طاعة ولا معصية فاليمين فيه ساقطة ، وان أكره على اليمين فيما هو طاعة مثل أن يأخذ الوالى رجلا فاسقاً فيكرهه أن يحلف بالطلاق لا يشرب الخمر أو لا يفسق أو لا يغش فى عمله أو الوالد يحلف ولده تأديباً له فإن اليمين تلزم ، وان كان المكره قد أخطأ فيما يكلف من ذلك ، وقال بهذا ابن حبيب وقال أبو حنيفة ومن اتبعه من الكوفيين انه ان حلف ألا يفعل ففعل حنث ، قالوا لان المكره له أن يورى فى يمينه كلها فلما لم يور ولا ذهبت نيته الى خلاف ما أكره عليه فقد قصد الى اليمين .

قال القاضى أبو بكر بن العربى . ومن غريب الامر أن علماء — يعنى علماء المالكية — اختلفوا فى الاكراه على الحنث هل يقع به أم لا ؟ وهذه مسألة عراقية سرت لنا منهم ، لا كانت هذه المسألة ولا كانوا ، وأى فرق يا معاشر أصحابنا بين الاكراه على اليمين فى أنها لا تلزم وبين الحنث فى أنه لا يقع ؛ فاتقوا الله وراجعوا بصائركم ولا تغتروا بهذه الرواية فإنها وصمة في الدراية اهـ .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) ويصح اليمين على الماضى والمستقبل ، فان حلف على ماض وهو صادق فلا شيء عليه لأن النبي صلى الله عليه وسلم جعل اليمين على المدعى عليه ، ولا يجوز أن يجعل اليمين عليه إلا وهو صادق ، فدل على أنه يجوز أن يحلف على ما هو صادق فيه .

وروى محمد بن كعب القرظى أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال وهو على المنبر وفى يده عصا « ياأيها الناس لا يمنعكم اليمين عن أخذ حقوقكم فوالذى نفسى بيده ان فى يدى عصا » وإن كان كاذبا وهو أن يحلف على أمر أنه كان ولم يكن أو على أمر أنه لم يكن وكان أثم بذلك وهى اليمين الغموس ، والدليل عليه ما روى عن الشعبى رضى الله عنه عن عبد الله بن عمر قال « جاء أعرابى إلى النبى (ص) فقال : يا رسول الله ما الكبائر ؟ قال الشرك بالله . قال ثم ماذا ؟ قال عقوق الوالدين ، قال ثم ماذا ؟ قال اليمين الغموس » قيل للشعبى ما اليمين الغموس قال الذى يقتطع بها مال إمرىء مسلم وهو فيها كاذب .

وروى عبد الله بن مسعود رضى الله عنه قال ، قال رسول الله صلى الله عليه « من حلف على يمين وهو فاجر ليقتطع بها مال إمرىء مسلم لقى الله عز وجل وهو عليه غضبان » وإن كان على مستقبل نظرت — فإن كان على أمر مباح — ففيه وجهان .

(أحدهما) الأولى أن لا يحنث لقوله عز وجل « ولا تنقضوا الايمان بعد توكيدها » (والثانى) أن الاولى أن يحنث لقوله عز وجل « لا تحرموا طيبات ماأحل الله لكم » فإن حلف على فعل مكروه أو ترك مستحب ، فالاولى أن يحنث لما روت أم سلمة رضى الله عنها أن رسول الله (ص) قال « من حلف على يمين فرأى غيرها خيراً منها فليكفر عن يمينه ثم ليفعل الذى هو خير » .

(الشرح) قوله لان النبى (ص) جعل اليمين على المدعى عليه ، وذلك لحديث البينة على من ادعى واليمين على المدعى عليه . وقد مضى تخريجه فى البيوع فى اختلاف المتبايعين .

وحديث الشعبي عن ابن عمر وأخرجه البخاري باللفظ الذي ساقه المصنف وقوله « قلت » ظاهره أن السائل عبد الله بن عمرو راوي الحديث والمجيب هو النبي صلى الله عليه وسلم ، ويحتمل أن يكون السائل غير عبدالله لعبد الله وعبدالله المجيب ، والأول أظهر

وقال الشيخ الخولي في تعليقه على سبل السلام : الذي حققه الحافظ في الفتح رحمه الله عليه أن السائل فراس والمسئول عامر الشعبي .

وحديث ابن مسعود أخرجه أحمد في مسنده وأبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه عن عبد الله بن مسعود والأشعث بن قيس بلفظ « من حلف على يمين صبر يقتطع بها مال امرىء مسلم هو فيها فاجر لقي الله وهو عليه غضبان »

وحديث أم سلمه رضي الله عنها أخرجه الطبراني باللفظ الذي ساقه المصنف ويؤخذ على المصنف استشهاده برواية الطبراني ، مع انه ورد في الصحيحين عن عبد الرحمن بن سمرة قال ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إذا حلفت على يمين فرأيت غيرها خيراً منها فأت الذي هو خير وكفر عن يمينك » وفي لفظ عندهما « فكفر عن يمينك وأت الذي هو خير » وفي لفظ « إذا حلفت على يمين فكفر عن يمينك وأت الذي هو خير » رواه النسائي وأبو داود وهو صريح في تقديم الكفارة . وأخرجه مسلم عن عدي بن حاتم قال ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إذا حلف أحدكم على يمين فرأى غيرها خيراً منها فليكفرها وليأت الذي هو خير » وفي لفظ رواه أحمد ومسلم والنسائي وابن ماجه عن عدي بن حاتم أيضاً « من حلف على يمين فرأى غيرها خيراً منها فليأت الذي هو خير وليكفر عن يمينه » وأخرجه أحمد ومسلم والترمذي وصححه عن أبي هريرة « أن النبي (ص) قال : من حلف على يمين فرأى غيرها خيراً منها فليكفر عن يمينه وليفعل الذي هو خير » وفي لفظ لمسلم « فليأت الذي هو خير وليكفر عن يمينه » وأخرجه الشيخان عن أبي موسى الأشعري عن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا أحلف على يمين فأرى غيرها خيراً منها إلا أتيت الذي هو خير وتحللتها » وفي لفظ عند الشيخين « إلا كفرت عن يميني وفعلت الذي هو خير » وعندهما « إلا أتيت الذي هو خير وكفرت عن يميني »

وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جـــده عند أبي داود والنسائي مرفوعا « لا نذر ولا يمين فيما لا تملك ولا في معصية ولا في قطيعة رحم . ومن حلف على يمين فرأى غيرها خيراً منها فليدعها وليأت الذي هو خير فإن تركها كفارتها » وذكره البيهقي وقال لم يثبت

وقال أبو داود : الأحاديث كلها عن النبي صلى الله عليه وسلم « وليكفر عن يمينه » إلا ما لا يعبأ به ، قال الحافظ في الفتح : ورواته لا بأس بهم . وقد استدل بحديث أم سلمة على أن الكفارة يجب تقديمها على الحنث ، ولا يعارض ذلك الروايات التي سقناها وفيها « فأت الذي هو خير وكفر » لأن الواو لا تدل على ترتيب ، إنما هي لمطلق الجمع ، على أن الواو لو كانت تفيد ذلك لكانت الرواية التي فيها « فكفر عن يمينك وأت الذي هو خير » تخالفها . وكذلك بقية الروايات المذكورة آنفاً . قال ابن المنذر : رأى ربيعة والأوزاعي ومالك والليث وسائر فقهاء الأمصار غير أهل الرأي أن الكفارة تجزى قبل الحنث ، إلا أن الشافعي استثنى الصيام فقال لا يجزى إلا بعـــد الحنث . وقال أصحاب الرأي : لا تجزىء قبل الحنث . وعن مالك روايتان . ووافق الحنفية أشهب من المالكية وداود الظاهري وخالفه ابن حزم ، واحتج له الطحاوي بقوله تعالى (ذلك كفارة أيمانكم إذا حلفتم) فإن المراد إذا حلفتم فحنثتم ورده مخالفوه فقالوا : إذا أردتم الحنث

قال الحافظ بن حجر : وأولى من ذلك أن يقال التقدير أعم من ذلك ، فليس أحد التقديرين بأولى من الآخر ، وسيأتي لهذا البحث مزيد في الكلام على الكفارة

قوله « ويصح اليمين على الماضي والمستقبل » وجملة ذلك أن اليمين على الماضي تنقسم ثلاثة أقسام . ما هو صادق فيه فلا كفارة فيه إجماعا . وما تعمد الكذب فيه فهو يمين الغموس ، وقد اختلف في كفارتها وسيأتي بيانها ، واليمين على المستقبل ، وهو ما عقد عليه قلبه وقصد اليمين عليه ثم خالف فعليه الكفارة . وما لم يعقد عليه قلبه ولم يقصد اليمين عليه ، وإنما جرت على لسانه فهو من لغو اليمين ، وكلام عائشة يدل على هذا فإنها قالت : أيمان اللغو ما كان في المراء والمزاحة والهزل .

وقال الثورى فى جامعه : الأيمان أربعة ، يمينان يكفران ، وهو أن يقول الرجل : والله لا أفعل فيفعل ، أو يقول : والله لأفعلن ثم لا يفعل ، ويمينان لا يكفران أن يقول والله مافعلت وقد فعل ، أو يقول والله لقد فعلت وما فعل . (قلت) ونحن ننازع الثورى فى هذا وإن خالفنا فى هذا النزاع من وافق الثورى على ماذهب كالإمام أحمد والإمام مالك وأصحاب الرأى وغيرهم . ذلك أن الشعبى يقول بما رواه الدارقطنى فى سننه حدثنا عبدالله بن محمد بن عبدالعزيز ثنا خلف بن هشام ثنا عبثر عن ليث عن حماد عن ابراهيم عن علقمة عن عبد الله قال : الأيمان أربعة يمينان يكفران ويمينان لا يكفران وذكرهن

قال المروزى « أما اليمينان الأوليان فلا اختلاف فيهما بين العلماء على ما قال سفيان ، وأما اليمينان الأخريان فقد اختلف فيهما أهل العلم ، فإن كان الحالف حلف على أنه لم يفعل كذا وكذا أو أنه قد فعل كذا وكذا عند نفسه صادقاً يرى أنه على ما حلف عليه ولا كفارة عليه فى قول مالك وسفيان الثورى وأصحاب الرأى . وكذلك قال أحمد وأبو عبيد . وقال الشافعى لا إثم عليه وعليه الكفاره. ثم قال ، وقد قال بعض التابعين بقول الشافعى ولكنى أميل إلى قول مالك وأحمد هكذا نقله القرطبى فى جامع أحكام القرآن

واختلف فى اليمين الغموس هل هى يمين منعقدة أم لا ؟ فمذهبنا أنها يمين منعقدة لأنها مكتسبة بالقلب معقودة بخبر مقرونة باسم الله تعالى وفيها الكفارة. قال ابن المنذر ، ذهب مالك بن أنس ومن تبعه من أهل المدينة إلى أنها يمين مكر وخديعة وكذب فلا تنعقد ولا كفارة فيها . وبه قال الأوزاعى ومن وافقه من أهل الشام ، وهو قول الثورى وأهل العراق ، وبه قال أحمد وإسحاق وأبو ثور وأبو عبيد وأصحاب الرأى من أهل الكوفة

ولنا أنها يمين مكتسبة بالقلب ، معقودة بخبر ، مقرونة باسم الله تعالى فوجب فيها الكفارة .

(مسألة) قال القرطبى الأخبار دالة على أن اليمين التى يحلف بها الرجل يقتطع بها مالا حراماً هى أعظم من أن يكفرها ما يكفر اليمين . قال ابن العربى « الآية وردت بقسمين ، لغو ومنعقدة ، وخرجت على الغالب فى أيمان الناس ، ذرع

ما بعدها يكون مائة قسم ، فإنه لم تعلق عليه كفارة . قال القرطبي ، قلت خرج البخاري عن عبد الله بن عمرو قال ، جاء أعرابي إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله ما الكبائر ؟ قال الإشراك بالله ، قال ثم ماذا ؟ قال عقوق الوالدين قال ثم ماذا ؟ قال اليمين الغموس ، قلت وما اليمين الغموس ؟ قال التي يقتطع بها مال امرىء مسلم هو فيها كاذب »

وخرج مسلم عن أبي أمامة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « من اقتطع حق امرىء مسلم بيمينه فقد أوجب الله له النار وحرم عليه الجنة ، فقال رجل وان كان شيئاً يسيراً يا رسول الله ؟ قال وان كان قضيبا من أراك » اه

قلت وظاهر مذهب أحمد أنه لا كفارة فى اليمين الغموس ، والغموس اسم فاعل لأنها تغمس صاحبها فى الإثم لأنه حلف كاذباً على علم منه ، وطعنة غموس أى نافذة ، وأمر غموس أى شديد . وقال ابن قدامة وروى عن أحمد أن فيها الكفارة . وروى ذلك عن عطاء والزهرى والحكم والبتى ، وهو قول الشافعى ، لأنه وجدت منه اليمين بالله تعالى والمخالفة مع القصد فلزمته الكفارة كالمستقبلة . ثم قال ولنا أنها يمين غير منعقدة فلا توجب الكفارة كاللغو أو يمين على ماض فأشبهت اللغو .

(قلت) إن وجوب الكفارة عندنا لا يقلل من شأن الغموس ، بل إن تعاظم الغموس يقتضى التغليظ على الحالف إذا أراد التوبة . وفى أداء الكفارة إشعار كامل بدخوله ساحة التوبة ، وبدون ذلك لا يكون

(فرع) قوله « فإن كان على أمر مباح الخ » وجملة ذلك أن المباح مثل الحلف على فعل مباح أو تركه ، والحلف على الخبر بشىء هو صادق فيه أو يغلب على ظنه الصدق فيه ، فإن الله تعالى يقول « لا يؤاخذكم الله باللغو فى أيمانكم » فإن كان على فعل شىء مباح أو تركه فإن فيه الكفارة إذا حنث فى الابرار بالقسم .

قوله — فإن حلف على مكروه — ومثله إذا حلف على ترك مندوب . قال الله تعالى « ولا تجعلوا الله عرضة لأيمانكم أن تبروا وتتقوا وتصلحوا بين الناس »

وروينا أن أبا بكر الصديق رضى الله تعالى عنه حلف لا ينفق على مسطح بعد الذى قال لعائشة ماقال ، وكان من جملة أهل الإفك الذين تكلموا فى عائشة رضى الله عنها فأنزل الله تعالى « ولا يأتل أولوا الفضل منكم والسعة أن يؤتوا أولى القربى والمساكين والمهاجرين فى سبيل الله وليعفوا وليصفحوا » واليمين على ذلك مانعة من فعل الطاعة أو حاملة على فعل المكروه فتكون مكروهة

ويمكن أن يرد على هذا أنها لو كانت مكروهة لأنكر النبى صلى الله عليه وسلم على الاعرابى الذى سأله عن الصلوات فقال : هل علىّ غيرها ؟ فقال : لا إلا أن تطوع فقال : والذى بعثك بالحق لا أزيد عليها ولا أنقص منها » ولم ينكر عليه بل قال « أفلح الرجل إن صدق » ونجيب بأنه لا يلزم من هذا جواز الحلف على ترك المندوبات ، إذ أن اليمين على ترك التطوع لا تزيد على تركها ، ولو تركها لم ينكر عليه ، ويكفى فى ذلك بيان أن ماتركه تطوع ، ولان هذه اليمين إن تضمنت ترك المندوب فقد تناولت فعل الواجب والمحافظة عليه كله بحيث لا ينقص منه شيئاً ، وهذا فى الفضل يزيد على ماقابله من ترك التطوع ، فيترجح جانب الاتيان بها على تركها فيكون من قبيل المندوب فكيف ينكر ؟ ولان فى الاقرار على هذه اليمين بيان حكم محتاج اليه ألا وهو بيان أن ترك التطوع غير مؤاخذ به ، فلو أنكر على الحالف لحصل ضد هذا وتوهم كثير من الناس لحوق الاثم بتركه فيفوت الغرض .

ومن قبيل المكروه الحلف فى البيع والشراء ففى سنن ابن ماجه عن محمد بن إسحاق عن سعيد بن كعب بن مالك عن أبى قتادة قال : قال رسول الله (ص) « إياكم والحلف فإنه ينفق ثم يمحق » أى منفقة للسلعة ممحقة للبركة .

قال المصنف رحمه الله .

(فصل) وتكره اليمين بغير الله عزوجل ، فإن حلف بغيره كالنبى والكعبة والآباء والأجداد لم تنعقد يمينه ، لما روى ابن عمر رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من كان حالفاً فلا يحلف الا بالله تعالى » وروى عن عمر رضى الله عنه قال « سمعنى رسول الله صلى الله عليه وسلم أحلف بأبى

فقال: إن الله عز وجل ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم ، فقال عمر رضى الله عنه : والله ما حلفت بها ذاكراً ولا آثراً ، وان قال : إن فعلت كذا وكذا فأنا يهودى أو نصرانى أو أنا برىء من الله أو من الإسلام لم ينعقد يمينه ؛ لما روى بريدة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال (من حلف أنه برىء من الإسلام ؛ فإن كان كاذبا فقد قال ؛ وان كان صادقا فلم يرجع إلى الإسلام سالما) ولأنه يمين بمحدث فلم ينعقد كاليمين بالمخلوقات .

(الشرح) حديث ابن عمر رضى الله عنه أخرجه أحمد ومسلم والنسائى ولفظه (من كان حالفاً فلايحلف إلا بالله ، فكانت قريش تحلف بآبائها فقال : لاتحلفوا بآبائكم) وفى رواية عن ابن عمر عند أحمد والبخارى ومسلم (أن النبى صلى الله عليه وسلم سمع عمر وهو يحلف بأبيه فقال إن الله ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم فمن كان حالفا فليحلف بالله أو ليصمت) .

وفى رواية عند الترمذى (أنه سمع رجلا يقول لا والكعبة ، فقال لا تحلف بغير الله فإنى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من حلف بغير الله فقد كفر وأشرك) قال الترمذى حسن وصححه الحاكم والتعبير بقوله : كفر أو أشرك سيأتى بيانه قريبا .

وحديث عمر أخرجه البخارى فى الايمان والنذور عن سعيد بن نمير ومسلم فيه عن أبى الطاهر وأبو داود فيه عن أحمد بن حنبل ؛ وعن أحمد بن يونس والنسائى فيه عن عمرو بن عثمان ، وعن محمد بن عبد الله بن يزيد وسعيد بن عبد الرحمن وابن ماجه فى الكفارات عن محمد بن يحيى بن أبى عمر وهو جزء من حديث ابن عمر الذى سقناه آنفا وليس فيه زيادة (ماحلف بها ذاكراً ولا آثراً) قال ابن الأثير فى النهاية : وفى حديث عمر (ما حلفت بها ذاكراً ولا آثراً) أى ما تكلمت به حالفا من قولك ذكرت لفلان كذا وكذا أى قلته له ، وليس من الذكر بعد النسيان اهـ .

وقال ابن منظور فى لسان العرب ، وفى حديث عمر رضى الله عنه قال ، قال أبوعبيد أما قوله ذاكراً فليس من الذكر بعد النسيان إنما أراد متكلما به كقولك

ذكرت لفلان حديث كذا وكذا . وقوله ولا آثراً يريد مخبراً عن غيرى أنه حلف به يقول . لا أقول إن فلانا قال وأبى لا أفعل كذا وكذا أى ما حلفت به مبتدئا من نفسى ولا رويت عن أحد أنه حلف بها ، ومن هذا قيل حديث مأثور أى يخبر الناس به بعضهم بعضا ، أى ينقله خلف عن سلف ، يقال منه أثرت الحديث فهو مأثور وأنا آثر ، قال الاعشى .

إن الذى فيه تماريتما بُين للسامع والآثر اه

(قلت) ومنه قوله تعالى (إن هذا إلا سحر يؤثر) أى يأخذه واحد عن واحد ، ومثله قوله تعالى (أو أثارة من علم) .

أما حديث بريدة فقد أخرجه أحمد والنسائى وابن ماجه وهو عندهم من طريق الحسين بن واقد عن عبد الله بن بريدة عن أبيه ، وقد صححه النسائى ، وقد أخرج الشيخان وأحمد وأصحاب السنن إلا أبا داود عن ثابت بن الضحاك (أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من حلف على يمين بملة غير الإسلام كاذبا فهو كما قال) وأخرج النسائى عن أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم قال (لا تحلفوا إلا بالله ولا تحلفوا إلا وأنتم صادقون) .

(أما الاحكام) فإن الحلف بغير الله تعالى وردت فيه أحاديث غير ما ذكرنا ما أخرجه أبو داود والترمذى وحسنه والحاكم وصححه عن ابن عمر رفعه (من حلف بغير الله فقد كفر) وهو عند أحمد من هذا الوجه أيضا بلفظ (فقد كفر وأشرك) قال البيهقى لم يسمعه سعد بن عبيدة من ابن عمر ،

قال الحافظ ابن حجر قد رواه شعبة عن منصور عنه قال كنت عند ابن عمر ورواه الاعمش عن سعيد عن عبد الرحمن السلمى عن ابن عمر . وفى التعبير بقوله كفر أو أشرك للمبالغة فى الزجر والتغليظ فى ذلك ، وقد تمسك به من قال بالتحريم . قال الامام الشوكانى ، قال العلماء السر فى الحلف بغير الله أن الحلف بالشىء يقتضى تعظيمه والعظمة فى الحقيقة انما هى لله وحده ، فلا يحلف الا بالله وذاته وصفاته ، وعلى ذلك اتفق الفقهاء ، واختلف هل الحلف بغير الله حرام

أو مكروه . للمالكية والحنابلة قولان ، ويحمل ماحكاه ابن عبد البر من الإجماع على عدم جواز الحلف بغير الله على أن مراده بنفي الجواز الكراهة أعم من التحريم والتنزيه . وقد صرح بذلك في موضع آخر اه .

وقال القرطبي : لا تنعقد اليمين بغير الله تعالى وأسمائه وصفاته . وقال أحمد ابن حنبل : إذا حلف بالنبي صلى الله عليه وسلم انعقدت يمينه لانه حلف بمالايتم الايمان إلا به فيلزمه الكفارة كما لو حلف بالله ، وهذا يرده ماثبت في الصحيحين وغيرهما ، وقد عده السيوطي من المتواتر في كتابه الازهار المتناثرة في الاحاديث المتواترة ، وله شروط في التواتر انطبقت على أحاديث كثيره منها هذا الحديث (أنه صلى الله عليه وسلم أدرك عمر بن الخطاب في ركب وعمر يحلف بأبيه ، فناداهم رسول الله صلى الله عليه وسلم : ألا إن الله ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم فمن كان حالفاً فليحلف بالله أو ليصمت) وهذا حصر في عدم الحلف بكل شيء سوى الله تعالى وأسمائه وصفاته كما ذكرنا ، ومما يحقق ذلك ما رواه أبو داود والنسائي وغيرهما عن أبي هريرة رضي الله عنه قال ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (لا تحلفوا بآبائكم ولا بأمهاتكم ولا بالانداد ولا تحلفوا إلا بالله ، ولا بالله إلا وأنتم صادقون) ثم ينتقض عليه بمن قال ، وآدم وإبراهيم فإنه لا كفارة عليه وقد حلف بما لا يتم الايمان إلا به ، وجمهور أصحابنا من الشافعية على أنه مكروه تنزيها وجزم ابن حزم بالتحريم .

وقال إمام الحرمين المذهب القطع بالكراهة ، وجزم غيره بالتفصيل ، فان اعتقد في المحلوف به ما يعتقد في الله تعالى كان بذلك الاعتقاد كافراً ، ومذهب الهادوية أنه لا إثم في الحلف بغير الله مالم يسو بينه وبين الله في التعظيم أو كان الحلف متضمنا كفراً أو فسقاً .

قال في الفتح : وأما ما ورد في القرآن من القسم بغير الله ؛ ففيه جوابان . أحدهما أن فيه حذفاً والتقدير ورب الشمس ونحوه ، والثاني أن ذلك يختص بالله فإذا أراد تعظيم شيء من مخلوقاته أقسم به ، وليس لغيره ذلك ؛ وأما ما وقع مما يخالف ذلك كقوله صلى الله عليه وسلم للأعرابي (أفلح وأبيه إن صدق) فقد

أجيب عنه بأجوبة (الأول) الطعن فى صحة هذه اللفظة كما قال ابن عبد البر إنها غير محفوظة وقال إن أصل الرواية أفلح والله إن صدق فصحفها بعضهم ، والثانى أن ذلك كان يقع من العرب ويجرى على ألسنتهم من دون قصد للقسم ، والنهى إنما ورد فى حق من قصد حقيقة الحلف ، قاله البيهقى .

وقال النووى : إنه الجواب المرضى ، والثالث انه كان يقع فى كلامهم على وجهين للتعظيم والتأكيد . والنهى انما وقع عن الأول ، والرابع أن ذلك كان جائزاً ثم نسخ ، قاله الماوردى فى الحاوى .

وقال السهيلى أكثر الشراح عليه ، قال ابن العربى ، وروى أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يحلف بأبيه حتى نهى عن ذلك ، قال السهيلى ، ولا يصح ، لأنه لا يظن بالنبى صلى الله عليه وسلم أنه كان يحلف بغير الله ، ويجاب بأنه قبل النهى عنه غير ممتنع عليه ، ولا سيما الاقسام القرآنية على ذلك النمط .

وقال المنذرى : دعوى النسخ ضعيفة لامكان الجمع ولعدم تحقق التاريخ . والخامس أنه كان فى ذلك حـــذف ، والتقدير أفلح ورب أبيه ، قاله البيهقى ، والسادس أنه للتعجيب . قاله السهيلى

(والسابع) أنه خاص به صلى الله عليه وســـلم وتعقب بأن الخصائص لا تثبت بالاحتمال ، والاحاديث كلها متظاهرة على أن الحلف بغير الله لا ينعقد لان النهى يدل على فساد المنهى عنه ؛ واليه ذهب الجمهور .

وقال ابن قدامة : ولا يجوز الحلف بغير الله وصفاته نحو أن يحلف بأبيه أو الكعبة أو صحابى أو امام . قال الشافعى أخشى أن يكون معصية ، الى أن قال : وأما قسم الله بمصنوعاته فإنما أقسم به دلالة على قدرته وعظمته ولله تعالى أن يقسم بما شاء من خلقه ، ولا وجه للقياس على اقسامه ، وقد قيل ان فى اقسامه اضمار القسم برب هذه المخلوقات ، فقوله (والضحى) أى ورب الضحى اه .

(مسألة) فى الرجل يقول هو يهودى أو نصرانى ، قال أبو حنيفة فى الرجل يقول هو يهودى أو نصرانى أو برىء من الاسلام أو من النبى أو من القرآن أو أشرك بالله أو أكفر بالله : انها يمين تلزم فيها الكفارة ولا تلزم فيما اذا قال

واليهودية والنصرانية والنبي والكعبة ، وإن كانت على صيغة الأيمان ؛ ومتمسكه ما رواه الدارقطني عن أبي رافع أن مولاته أرادت أن تفرق بينه وبين امرأته فقالت : هي يوماً يهودية ويوما نصرانية ، وكل مملوك لها حر ، وكل مال لها في سبيل الله ، وعليها مشى إلى بيت الله إن لم تفرق بينهما ، فسألت عائشة وحفصة وابن عمر وابن عباس وأم سلمة فكلهم قال لها : أتريدين أن تكونى مثل هاروت وماروت ؟ وأمروها أن تكفر عن يمينها وتخلى بينهما .

وخرج أيضاً عنه قال : قالت مولاتى : لأفرقن بينك وبين امرأتك ، وكل مال لها في رتاج الكعبه وهي يوما يهودية ويوما مجوسية إن لم أفرق بينك وبين امرأتك ، قال فانطلقت إلى أم سلمة فقلت إن مولاتى تريد أن تفرق بيني وبين امرأتى ، فقالت انطلق إلى مولاتك ، فقل لها إن هذا لا يحل لك ، قال فرجعت اليها ثم أتيت ابن عمر فأخبرته فجاء حتى انتهى إلى الباب ، فقال : ههنا هاروت وماروت ؟ فقالت : إني جعلت كل مال لى في رتاج الكعبة ، قال فمم تأكلين ؟ قالت ، وقلت أنا يوماً يهودية ويوما نصرانية ويوما مجوسية ، فقال إن تهودت قتلت ، وإن تنصرت قتلت ، وان تمجست قتلت ، قالت فما تأمرنى ؟ قال تكفرى عن يمينك ، وتجمعين بين فتاك وفتاتك .

إذا ثبت هذا فقد قال ابن المنذر اختلف فيمن قال أكفر بالله ونحوه إن فعلت كذا ثم فعل ، فقال ابن عباس وأبو هريرة وعطاء وقتادة وجمهور فقهاء الأمصار لا كفارة عليه ولا يكون كافراً إلا إذا أضمر ذلك بقلبه .

وقال الأوزاعى والثورى والحنفية وأحمد وإسحاق هو يمين وعليه الكفارة قال ابن المنذر والأول أصح لقوله صلى الله عليه وسلم من حلف باللات والعزى فليقل : لا إله الا الله ، ولم يذكر كفارة ، زاد غيره ، وكذا من قال بملة سوى الإسلام فهو كما قال ، فأراد التغليظ في ذلك حتى لا يجترىء أحد عليه .

ونقل ابن القصار من المالكية عن الحنفية أنهم احتجوا لإيجاب الكفارة بأن في اليمين الامتناع من الفعل ، وتضمن كلامه بما ذكر تعظيما للاسـلام ، وتعقب ذلك بأنهم قالوا فيمن قال : وحق الاسلام ، اذا حنث لا يجب عليه

كفارة ، فأسقطوا الكفارة اذا صرح بتعظيم الاسلام ، وأثبتوها اذا لم يصرح .

قال ابن دقيق العيد : الحلف بالشيء حقيقة هو القسم به وادخال بعض حروف القسم عليه كقوله والله ، وقد يطلق على التعليق بالشيء يمين كقولهم من حلف بالطلاق ، فالمراد تعليق الطلاق ، وأطلق عليه الحلف لمشابهته لليمين فى اقتضاء الحنث أو المنع ، واذا تقرر ذلك فيحتمل أن يكون المراد المعنى الثانى لقوله كاذبا والكذب يدخل القضية الاخبارية التى يقع مقتضاها تارة ، ولا يقع أخرى ، وهذا بخلاف قولنا والله ما أشبهه ، فليس الاخبار بها عن أمر خارجى ، بل هى لانشاء القسم ، فتكون صورة الحلف هنا على وجهين .

(أحدهما) أن تتعلق بالمستقبل ، كقوله ان فعل كذا فهو يهودى .

(والثانى) تتعلق بالماضى كقوله ان كان كاذبا فهو يهودى ، وقد يتعلق بهذا من لم ير فيه الكفارة بل جعل المرتب على كذبه ، قال ولا يكفر فى صورة الماضى الا ان قصد التعظيم ، وفيه خلاف عند الحنفية لكونه تنجيز معنى ، فصار كما لو قال هو يهودى ، ومنهم من قال : اذا كان لا يعلم أنه يمين لم يكفر ، وان كان يعلم أنه يكفر بالحنث به كفر لكونه رضى بالكفر حيث أقدم على الفعل .

وقال بعض أصحابنا : ظاهر الحديث أنه يحكم عليه بالكفر اذا كان كاذبا ، والتحقيق التفصيل ، فإن اعتقد تعظيم ما ذكر كفر ، وان قصد حقيقة التعليق فينظر — فإن كان أراد أن يكون متصفا بذلك كفر — لأن ارادة الكفر كفر وان أراد البعد عن ذلك لم يكفر ، لكن هل يحرم عليه ذلك أو يكره تنزيها ؟ الثانى هو المشهور ، وقوله فى حديث بريدة، فإن كان كاذبا زاد فى البخارى ومسلم « متعمداً » قال القاضى عياض : تفرد بهذه الزيادة سفيان الثورى ، وهى زيادة حسنة يستفاد منها أن الحالف متعمداً ان كان مطمئن القلب بالايمان وهو كاذب فى تعظيم ما لا يعتقد تعظيمه لم يكفر ، وان قاله معتقداً لليمين بتلك الملة لكونه حقاً كفر ، وان قالها لمجرد التعظيم لها احتمل .

قال الحافظ وينقدح بأن يقال ان أراد تعظيمها باعتبار ما كانت قبل النسخ لم يكفر أيضا ، قال ودعواه أن سفيان تفرد بها ان أراد بالنسبة الى رواية مسلم

فعسى أنه أخرجها من طريق شعبة عن أيوب وسفيان عن خالد الحذاء جميعاً عن أبى قلابة ، وقوله فى الحديث « فهو كما قال » .

قال الحافظ فى الفتح : يحتمل أن يكون المراد بهذا الكلام التهديد والمبالغة فى الوعيد لا الحكم كأنه قال : فهو مستحق مثل عذاب من اعتقد ما قال ونظيره « من ترك الصلاة فقد كفر » أى استوجب عقوبة من كفر . وقال ابن المنذر : ليس على إطلاقه فى نسبته إلى الكفر ، بل المراد أنه كاذب كذب المعظم لتلك الجهة اه .

قال المصنف رحمه الله تعالى

﴿ فصل ﴾ وتجوز اليمين بأسماء الله وصفاته ، فإن حلف من أسمائه بالله انعقدت يمينه ، لما روى ابن عباس رضى الله عنه « أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : والله لأغزون قريشاً ، والله لأغزون قريشاً ؛ والله لأغزون قريشاً ، ثم قال إن شاء » وإن حلف بالرحمن ، أو بالإله أو بخالق الخلق أو ببارىء النسمة أو بالحى القيوم ، أو بالحى الذى لا يموت ، أو برب السموات والأرضين ، أو بمالك يوم الدين . أو برب العالمين ، وما أشبه ذلك من الأسماء التى لا يشاركه فيها أحد ، انعقدت يمينه ، لانه لا يسمى بها غيره ولا يوصف بها سواه ، فصار كما لو قال والله ، فإن حلف بالرحيم والرب والقادر والقاهر والملك والجبار والخالق والمتكبر ، ولم ينو به غير الله عز وجل انعقدت به يمينه ، لانه لا تطلق هذه الاسماء الا عليه ، وان نوى به غيره لم ينعقد ، لانه قد تستعمل فى غيره مع التقييد ، لأنه يقال ، فلان رحيم القلب ، ورب الدار ، وقادر على المشى ، وقاهر للعدو ، وخالق للكذب ، ومالك للبلد ، وجبار متكبر ، فجاز أن تصرف اليه بالنية .

فإن قال : والحى والموجود والعالم والمؤمن والكريم لم تنعقد يمينه الا أن ينوى به الله تعالى ، لان هذه الأسماء مشتركة بين الله تعالى وبين الخلق مستعملة فى الجميع استعمالا واحداً ، فلم تنصرف الى الله تعالى من غير نية كالكنايات فى الطلاق ، وان حلف بصفة من صفاته نظرت — فإن حلف بعظمة الله أو بعزته

أو بكبريائه أو بجلاله أو ببقائه أو بكلامه — انعقدت يمينه ، لان هذه الصفات للذات لم يزل موصوفا بها ، ولا يجوز وصفه بضدها ، فصار كاليمين بأسمائه .

وان قال وعلم الله ولم ينو به المعلوم،أو بقدرة الله ولم ينو به المقدور انعقدت يمينه ، لأن العلم والقدرة من صفات الذات لم يزل موصوفا بهما ، ولا يجوز وصفه بضدهما ، فصارا كالصفات الستة ، فإن نوى بالعلم المعلوم أو بالقدرة المقدور لم ينعقد يمينه ، لانه قد يستعمل العلم فى المعلوم ، والقدرة فى المقدور ، ألا ترى أنك تقول اغفر لنا علمك فينا ، وتريد المعلوم ، وتقول انظروا الى قدرة الله ، وتريد به المقدور ، فانصرف اليه بالنية .

فإن قال وحق الله وأراد به العبادات لم ينعقد يمينه ، لأنه يمين بمحدث ، وان لم ينو العبادات انعقدت يمينه ، لان الحق يستعمل فيما يستحق من العبادات ويستعمل فيما يستحقه البارى من الصفات وذلك من صفات الذات ، وقد انضم اليه العرف فى الحلف به فانعقدت به اليمين من غير نية .

(فصل) وان قال على عهد الله وميثاقه وكفالته وأمانته ، فإن أراد به ما أخذ علينا من العهد فى العبادات فليس بيمين لأنه يمين بمحدث ، وان أراد بالعهد استحقاقه ما تعبدنا به فهو يمين لأنه صفة قديمة ، وان لم يكن له نية ففيه وجهان (أحدهما) أنه يمين ، لأن للعادة الحلف بها والتغليظ بألفاظها كالعادة بالحلف بالله والتغليظ بصفاته كالطالب الغالب والمدرك المهلك (والثانى) ليس بيمين لأنه يحتمل العبادات ، ويحتمل ما ذكرناه من استحقاقه ولم يقترن بذلك عرف عام وانما يحلف به بعض الناس وأكثرهم لا يعرفونه فلم يجعل يمينا .

(الشرح) حديث ابن عباس : أخرجه أبو داود عن عكرمة عنه ، قال أبو داود انه قد أسنده غير واحد عن عكرمة عن ابن عباس ، وقد رواه البيهقى موصولا ومرسلا . قال ابن أبى حاتم الاشبه ارساله . وقال ابن حبان فى الضعفاء رواه مسعر وشريك أرسله مرة ووصله أخرى .

أما اللغات : فقوله « أو ببارىء النسمة » أى خالق الإنسان ، والبارىء هو الذى خلق الخلق لا عن مثال . قال فى النهاية : ولهذه اللفظة من الاختصاص

بخلق الحيوان ما ليس لها بغيره من المخلوقات ، وقلما تستعمل فى غير الحيوان ، فيقال : برأ الله النسمة ، وخلق السموات والأرض اه .

والنسمة : النفس والروح ، وكل دابة فيها روح فهى نسمة وإنما يريد الناس ومنه حديث على « والذى فلق الحبة وبرأ النسمة » أى خلق ذات الروح ، وكثيراً ما كان يقولها إذا اجتهد فى يمينه . وقوله « خالق للكذب » يقال : خلق الإفك واختلقه وتخلقه أى افتراه ، ومنه قوله تعالى « وتخلقون إفكا » و « إن هذا إلا اختلاق » ، وأما الخالق بالألف واللام فإنها صفة لا تجوز لغير الله تعالى وأصل الخلق التقدير يقال : خلقت الاديم للسقاء إذا قدرته له ، وخلق الرجل القول خلقاً افتراه واختلقه مثله ، والجبار الذى يقتل على الغضب .

وقال الخطابى : الجبار الذى جبر خلقه على ما أراد من أمره ونهيه ، يقال : جبره السلطان وأجبره بمعنى ورأيت فى بعض التفاسير عند قوله تعالى « وما أنت عليهم بجبار » أن الثلاثى لغة حكاها الفراء وغيره واستشهد لصحتها بما معناه أنه لا يبنى فعّال إلا من فعل ثلاثى نحو الفتاح والعلام ، ولم يجىء من أفعل بالالف إلا دراك ، فإن حمل جبار على هذا المعنى فهو وجه ، والمقصود هنا عند المصنف من يقتل من غضب والمتكبر المتعظم ، والكبر العظمة ، وكذلك الكبرياء ، والمؤمن سمى مؤمناً لانه آمن عباده من أن يظلمهم ، ذكره الجوهرى فى الصحاح وقوله « بعظمة الله أو بعزته أو بكبريائه أو بجلاله » العزة القوة والغلبة من عز اذا غلب ، ومنه « فعززناهما بثالث » أى قويناهما ، وعز الشىء يعز من باب ضرب لم يقدر عليه .

وقوله « من صفات الذات » الذات حقيقة الشىء ، والذات الإلهية الحقيقة الثابته بالربوبيه والالوهيه اعتقاداً بلا كيف ولا تشبيه ولا تجسيم .

أما الأحكام : فنى الصحيحين عن أبى هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ان لله تسعه وتسعين اسماً من أحصاها — وفى لفظ من حفظها — دخل الجنه » وقد ساق الترمذى وابن حبان الاسماء .

قال الحافظ فى بلوغ المرام : والتحقيق أن سردها من بعض الرواة . وقال

الصنعانى : اتفق الحفاظ من أئمة الحديث أن سردها ادراج من بعض الرواة .
وظاهر الحـــديث أن أسماء الله الحسنى منحصرة فى هذا العدد بناء على القول بمفهوم العدد . ويحتمل أنه حصر لها باعتبار ماذكر بعده من قوله « من أحصاها دخل الجنة » وهو خبر المبتدأ . فالمراد أن هذه التسعة والتسعين تختص بفضيلة من بين سائر أسمائه تعالى ، وهو أن احصاءها سبب لدخول الجنة ؛ والى هذا ذهب الاكثرون .

وقال النووى : ليس فى الحديث حصر أسمائه تعالى . وليس معناه أنه ليس له اسم غير التسعة والتسعين . ويدل عليه ما أخرجه أحمد وصححه ابن حبان من حديث ابن مسعود مرفوعا « أسألك بكل اسم هو لك سميت به نفسك أو أنزلته فى كتابك أو علمته أحداً من خلقك أو استأثرت به فى علم الغيب عندك » فإنه دل على أن له تعالى أسماء لم يعرفها أحد من خلقه بل استأثر بها ودل على أنه قد يعلم بعض عباده بعض أسمائه . ولكنه يحتمل أنه من التسعة والتسعين . وقد جزم بالحصر فيما ذكر أبو محمد بن حزم فقال : قد صح أن أسماءه تعالى لا تزيد على تسعة وتسعين شيئاً لقوله صلى الله عليه وسلم « مائة الا واحدا » فنفى الزيادة وأبطلها . ثم قال : وجاءت أحاديث فى احصاء التسعة والتسعين اسماً مضطربة لا يصح منها شىء أصلا . وانما تؤخذ من نص القرآن ، وما صحّ عن النبى صلى الله عليه وسلم ثم سرد أربعة وثمانين اسما استخرجها من القرآن والسنة .

وقال الشارح تبعا لكلام المصنف فى التلخيص : انه ذكر ابن حزم أحدا وثمانين اسما . والذى رأيناه فى كلام ابن حزم أربعـــة وثمانون . وقد استخرج الحافظ بن حجر من القرآن فقط تسعة وتسعين اسما وسردها فى التلخيص وغيره وذكر السيد محمد بن ابراهيم الوزير فى ايثار الحق أنه تتبعها من القرآن فبلغت مائة وثلاثة وسبعين اسما .

وان قال صاحب الايثار مائة وسبعة وخمسين فإنا عددناها فوجدناها كما قلنا أولا . وقد عرفت من كلام الحافظ ابن حجر أن سرد الأسماء الحسنى المعروفة مدرج عند المحققين وأنه ليس من كلامه صلى الله عليه وسلم ، وذهب كثيرون الى أن عددها مرفوع .

وقال ابن حجر : بعد نقله كلام العلماء فى ذكر عدد الأسماء والاختلاف فيها ما لفظه : ورواية الوليد بن مسلم عن شعيب هى أقرب الطرق الواضحة ، وعليها عول غالب من شرح الأسمـــاء الحسنى ثم سردها على رواية الترمذى ، وذكر اختلافا فى بعض ألفاظها وتبديلا فى إحدى الروايات للفظ بلفظ ثم قال : واعلم أن الاسماء الحسنى على أربعة أقسام .

(الاول) العلم وهو الله .
(والثانى) مايدل على الصفات الثابته للذات كالعليم والقدير والسميع والبصير
(والثالث) ما يدل على إضافة أمر اليه كالخالق والرازق .
(والرابع) ما يدل على سلب شىء عنه كالعلى والقدوس . واختلف العلماء هل هى توقيفيه ، يعنى أنه لا يجوز لأحد أن يشتق من الأفعال الثابتة لله تعالى اسما بل لا يطلق عليه إلا ما ورد به نص الكتاب والسنه ؟

قال الفخر الرازى المشهور عن أصحابنا أنها توقيفية . وقالت المعتزلة والكراميه إذا دل العقل على أن معنى اللفظ ثابت فى حق الله جاز إطلاقه عليه. وقال القاضى ابن العربى والغزالى الاسماء توقيفيه دون الصفات

قال الغزالى : وكما أنه ليس لنا أن نسمى النبى صلى الله عليه وســــلم باسم لم يسمه به أبوه ولا أمه ، ولا سمى به نفسه كذلك فى حق الله تعالى ، واتفقوا على أنه لا يجوز أن يطلق عليه تعـــالى اسم أو صفة توهم نقصاً ، فلا يقال : ماهد ولا زارع ولا فالق ؛ وان جاء فى القرآن « فنعم الماهدون » ، « أم نحن الزارعون » ، « فالق الحب والنوى » ، ولا يقال ماكر ولا بناء ؛ وإن ورد « ومكروا ومكر الله » « والسماء بنيناها » .

وقال القشيرى : الأسماء تؤخذ توقيفا من الكتاب والسنة فكل اسم ورد فيها وجب إطلاقه ومالم يرد لم يجز ولو صح معناه (قلت) من أمثلة الاسماء التى يخترعها العامه وأنصاف المتعلمين ما سمعت بعضهم وقد وقع فى محنة مما يمتحن بها أهل العزائم ينادى قائلا « يامهوّن » ، وكنت اعترض على هذه التسميه لله تعـالى وان كان الله تعـالى قادراً على أن يهوّن علينا مصائب الدنيا والآخرة ، اذا تقرر

هذا فان اليمين تنعقد بالحلف بالله تعالى أو باسم ، أجمع أهـــل العلم على أن من حلف بالله عز وجل فقال : والله أو بالله أو تالله لحنث أن عليه الكفارة .

وقال ابن المنذر : وكان مالك والشافعى وأبو عبيد وأبو ثور وأصحاب الرأى يقولون : من حلف باسم من أسماء الله تعالى لحنث أن عليه الكفارة ولا نعلم فى هذا خلافا اذا كان من أسماء الله عز وجل التى لا يسمى بها سواه ، وأسماء الله تعالى أربعة أقسام كما مضى نقلنا عن أصحابنا ، وهى من حيث انعقاد الحلف بها فى الاستعمال تنقسم الى ثلاثة أقسام ، فأولها هو العلم وما يجرى مجراه مما لا يسمى به غير الله تعالى مثل الله والرحمن ، والأول الذى ليس قبله شيء والآخر الذى ليس بعده شيء ، ورب العالمين ، ومالك يوم الدين ، ورب السموات والأرضين والحى الذى لا يموت ونحو هذا فالحلف بهذا يمين بكل حال ، وان نوى غيره .

والثانى : ما يسمى به غير الله تعالى مجازاً ، واطلاقه ينصرف الى الله تعالى مثل الخالق والرازق والرب والرحيم والقادر والقاهر والملك والجبار ونحوه ؛ فهذا مما يشترك الله تعالى فى التسمى به مع غيره من مخلوقاته ، ويطلق على غير الله مجازاً بدليل قوله تعـــالى « انما تعبدون من دون الله أوثاناً وتخلقون افكا » « أتدعون بعلا وتذرون أحسن الخالقين » وقوله « ارجع الى ربك » « واذكرنى عند ربك — فأنساه الشيطان ذكر ربه » وقال « فارزقوهم منه » وقال « بالمؤمنين رؤوف رحيم » فهذا ان نوى به اسم الله تعالى أو أطلق كان يميناً ؛ لأنه باطلاقه ينصرف اليه . وان نوى به غير الله تعـــالى لم يكن يمينا لأنه يستعمل فى غيره فينصرف بالنية الى ما نواه ، وهذا مذهب أحمد .

وقال بعض الحنـــابلة : هو يمين كالأول على كل حال . والقسم الثالث : ما يسمى به الله تعالى وغيره ، ولا ينصرف اليه باطلاقه كالحى والعالم والموجود والمؤمن والكريم والشاكر ، فهذا ان قصد به اليمين باسم الله تعالى ، فعندنا لا يكون يمينا . لأن اليمين انما تنعقد لحرمة الاسم ومع الاشتراك لا تكون له حرمة ، والنية المجردة لا تنعقد بها اليمين .

وقال أحمد وأصحابه إلا القاضى أبا بكر : ان قصد به اليمين باسم الله تعالى

كان يميناً، وإن أطلق أو قصد غير الله تعالى لم يكن يمينافيختلف هذا القسم والذى قبله فى حالة الإطلاق، فنى الأول يكون يميناً وفى الثانى لا يكون يميناً

(فرع) والقسم بصفاته تعالى كالقسم بأسمائه .. وصفاته تنقسم إلى ثلاثة أقسام أولها ما هو من صفات الذات الإلهيــة ولا يحتمل صرفاً إلى غيرها كعزة الله وجلاله وعظمته وكبريائه وكلامه. فهذه تنعقد بها اليمين، وبه قال أحمد وأصحاب الرأى ومالك، لأن هـذه من صفات ذاته لم يزل موصوفاً بها، وقد ورد الأثر بالقسم ببعضها، فروى «أن النار تقول قط قط وعزتك» رواه البخارى، والذى يخرج من النار يقول: وعزتك لا أسألك غيرها. وفى كتاب الله تعالى «فبعزتك لأغوينهن أجمعين»

(الثانى) ما هو صفة للذات ويعبر به عن غيرها مجازاً كعلم الله وقدرته، فهذه صفة للذات لم يزل موصوفاً بها، وقد تستعمل فى المعلوم والمقدور اتساعا، كقولهم اللهم اغفر لنا علمك فينا، ويقال اللهم قد أريتنا قدرتك فأرنا عفوك. ويقال انظر إلى قدرة الله، أى الى مقدوره، فنى أقسم بهذه الصفات مضافة إلى الله تعالى ولم ينو المعلوم أو المقدور انعقد يمينه، وبهذا قال أحمد رضى الله عنه.

وقال أبو حنيفة «إذا قال وعلم الله» لا يكون يمينا لأنه يحتمل المعلوم

دليلنا أن العلم من صفات الله تعالى فكانت اليمين به يمينا موجبــة للكفارة كالعظمة والعزة والقـدرة، وينتقض ما ذكروه بالقدرة، فإنهم قد سلموها وهى قرينتها، فأما إن نوى القسم بالمقدور والمعلوم لا يكون يمينا، وهو قول أصحاب أحمد لأنه نوى بالاسم غير صفة الله مع احتمال اللفظ ما نواه، فأشبه ما لو نوى القسم بمحلوف فى الأسماء التى يسمى بها غير الله تعالى

وقد روى عن أحمد أن ذلك يكون يمينا بكل حال ولا تقبل منه نية غير صفة الله تعالى، وهو قول أبى حنيفة فى القدرة، لأن ذلك موضوع للصفة فلا يقبل منه غير الصفة كالعظمة.

قال ابن قدامة «وقد ذكر طلحة العاقولى فى أسماء الله تعالى المعرفة بلام التعريف كالخالق والرازق أنها تكون يميناً بكل حال، لأنها لا تنصرف إلا إلى اسم الله تعالى. كذا هذا

والثالث ما لا ينصرف بإطلاقه الى صفة لله تعالى ، لكن ينصرف بإضافته الى الله سبحانه لفظاً أو نية كالعهد والميثاق والامانة ونحوه ، فهذا لا يكون يميناً مكفرة إلا بإضافته أو نيته وسنذكر ذلك .

(فرع) إذا قال وحق الله نظرت — فإن أراد بحقه مايستحقه تبارك وتعالى من العظمة والجلال والعزة والبقاء ـ فهي يمين مكفرة ، وإن أراد بحقه مايستحقه من الطاعات والمفروضات لم تنعقد يمينه لأنها حادثة . وبهذا قال أحمد ومالك . وقال أبوحنيفة لا كفارة لها ، لأن حق الله طاعته ومفروضاته وليست صفة له دليلنا أن لله حقوقاً يستحقها لذاته هي من صفات الذات من العزة والجلال ، واقترن عرف الاستعمال بالحلف بهذه الصفةفتنصرف إلىصفة الله تعالى ، كقوله وقدرة الله ، وإن نوى بذلك القسم بمخلوق ، فالقول فيه كالقول فى الحلف بالعلم والقدرة ، إلا أن احتمال المخلوق بهذا اللفظ أظهر من احتماله فى العلم والقدرة

(مسألة) إذا قال علىّ عهد الله وميثاقه وكفالته وأمانته فإنها لا تنعقد إلا أن ينوى الحلف بصفات الله تعالى

وقال أصحاب أحمد « لا يختلف المذهب فى أن الحلف بأمانة الله يمين مكفرة » وبقولهم هذا قال أبو حنيفه . لأن أمانة الله صفة له بدليل وجوب الكفارة على من حلف بها ونوى ويجب حملها على ذلك عند الاطلاق لوجوه

أحدها أن حملهاعلىغيرذلك صرف ليمين المسلم إلى المعصيه أو المكروه لكونه قسما بمخلوق والظاهر من حال المسلم خلافه

ثانيها أن القسم فى العادة يكون بالمعظم المحترم دون غيره وصفة الله تعالى أعظم حرمة وقدراً .

ولنا أن الامانه لا تنعقد اليمين بها . ومثلها العهد والميثاق والكفالة . إلا أن ينوى الحلف بصفة الله تعالى . لأن الامانه تطلق على الفرائض والودائع والحقوق وكذلك العهد والميثاق . قال تعالى « انا عرضنا الامانه على السموات والارض والجبال فأبين أن يحملنها وأشفقن منها وحملها الانسان » وقال تعالى « ان الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات الى أهلها » يعنى الودائع والحقوق .

وقال صلى الله عليه « أدّ الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك » وإذا كان اللفظ محتملا لم يصرف إلى أحد محتملاته إلا بنية أو دليل صارف اليه ، على أنه إذا لم ينو شيئاً وأطلق هل تنعقد يمينه ؟ وجهان

(أحدهما) تنعقد لأن العادة والعرف جريا على الحلف بها ، والتماس التغليظ فى اليمين بالنطق بها كمن يحلف بالله تعالى والتغليظ بصفاته ، وضرب له المصنف مثلا بالطالب الغالب والمدرك المهلك

(والثانى) لما ذكرناه من احتماله العبادات واحتماله لصفات الله تعالى إلا أن الناس لايجرى العرف بينهم على اعتباره من صفات الله تعالى فلم يكن يميناً . هذا فيما يتعلق بأمانة الله ، أما اذا حلف بالأمانة قال فى المغنى — فإن نوى الحلف بأمانة الله فهو يمين مكفرة موجبة للكفارة . وان أطلق فعلى روايتين . احداهما يكون يمينا لما ذكرناه من الوجوه . والثانية لا يكون يمينا لأنه لم يضفها الى الله تعالى فيحتمل غير ذلك

قال أبو الخطاب : وكذلك العهد والميثاق والجبروت والعظمة والأمانات ، فإن نوى يميناً كان يميناً والا فلا ، وقد ذكرنا فى الامانة روايتين فيخرج فى سائر ما ذكروه وجهان قياسا عليها

ويكره الحلف بالامانة لما روى أبو داود عن بريدة عن النبى صلى الله عليه وسلم « من حلف بالامانة فليس منا » وروى عن زياد بن خدير أن رجلا حلف عنده بالامانة فجعل يبكى بكاء شديداً فقال له الرجل هل كان هذا يكره ؟ قال نعم كان عمر ينهى عن الحلف بالامانة أشد النهى »

قال المصنف رحمه الله تعالى :

﴿فصل﴾ وان قال بالله لأفعلن كذا بالباء المعجمة من تحت ، فإن أراد بالله انى أستعين بالله أو أثق بالله فى الفعل الذى أشار اليه لم يكن يميناً ، لأن ما نواه ليس بيمين واللفظ يحتمله فلم يجعل يمينا ، وان لم يكن له نية كان يمينا لأن الباء من حروف القسم فحمل اطلاق اللفظ عليه

وان قال تالله لأفعلن كذا بالتاء المعجمة من فوق ، فالمنصوص فى الأيمان

والإيلاء أنه يمين . وروى المزنى فى القسامة أنه ليس بيمين ، واختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال المذهب ما نص عليه فى الأيمان والايلاء لأن التاء من حروف القسم ، والدليل عليه قوله عز وجل « وتالله لأكيدن أصنامكم بعد أن تولوا مدبرين » وقوله تعالى « تالله لقد آثرك الله علينا وان كنا لخاطئين » فصار كما لو قال والله وبالله . وما رواه المزنى صحف فيه ، والذى قال المزنى فى القسامة بالياء المعجمة من تحت وتعليله يدل عليه ، فإنه قال لأنه دعاء وتالله الله ليس بدعاء . ومن أصحابنا من قال ان كان فى الأيمان والايلاء فهو يمين لأنه يلزمه حق . وان كان فى القسامة لم يكن يمينا لأنه يستحق به المال فلم يجعل يمينا

وإن قال الله لأفعلن كذا فإن أراد به اليمين فهو يمين لأنه قد تحذف حروف القسم ، ولهذا روى أن عبد الله بن مسعود رضى الله عنه أخبر النبى صلى الله عليه وسلم أنه قتل أبا جهل ، فقال آلله انك قتلته ؟ قال آلله انى قتلته ، وان لم يكن له نية لم يكن يمينا لأنه لم يأت بلفظ القسم .

وان قال لا ها الله ونوى به اليمين فهو يمين ، لما روى أن أبا بكر الصديق رضى الله عنه قال فى سلب قتيل قتله أبو قتادة « لا ها الله اذا لا يعمد الى أسد من أسد الله تعالى يقاتل عن دين الله ورسوله فيعطيك سلبه ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم صدق » وان لم ينو اليمين لم يكن يمينا لأنه غير متعارف فى اليمين فلم يجعل يمينا من غير نية .

وان قال وايم الله ونوى اليمين فهو يمين ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال فى أسامة بن زيد « وايم الله ، انه لخليق بالامارة ، فإن لم يكن له نية لم يكن يمينا لأنه لم يقترن به عرف ولا نية

(الشرح) حديث عبد الله بن مسعود أخرجه أبو داود وأحمد بمعناه . وقال فى منتقى الاخبار : وانما أدرك ابن مسعود أباجهل وبه رمق فأجهز عليه . وروى معنى ذلك أبو داود وغيره .

وقال فى النيل شرح المنتقى : حديث ابن مسعود هو من رواية ابنه أبى عبيدة عنه ولم يسمع منه ، كما تقدم غير مرة

ولفظ مسند أحمد عن أبي عبيدة عن أبيه عبد الله بن مسعود « أنه وجد أبا جهل يوم بدر وقد ضربت رجله وهو صريع يذب السيف عنه بسيف له ، فأخذه عبد الله بن مسعود فقتله به ؛ فنفله رسول الله صلى الله عليه وسلم بسلبه .
هذا وقد أخرج أحمد والبخارى ومسلم من حديث عبد الرحمن بن عوف أنه قال « بينا أنا واقف فى الصف يوم بدر نظرت عن يمينى فإذا أنا بين غلامين من الانصار حديثة أسنانهما تمنيت لو كنت بين أضلع منهما ، فغمزنى أحدهما فقال يا عم هل تعرف أبا جهل؟ قلت نعم ، وما حاجتك اليه يا ابن أخى؟ قال أخبرت أنه يسب رسول الله صلى الله عليه وسلم ، والذى نفسى بيده لئن رأيته لا يفارق سوادى سواده حتى يموت الأعجل منا . قال فعجبت لذلك ، فغمزنى الآخر فقال مثلها فلم أنشب أن نظرت الى أبي جهل يزول فى الناس فقلت ألا تريان ؟ هذا صاحبكما الذى تسألان عنه ، قال فابتدراه بسيفيهما حتى قتلاه ثم انصرفا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبراه ، فقال أيكما قتله ؟ فقال كل منهما أنا ؛ فقال هل مسحتما سيفيكما ؟ قالا لا ؛ فنظر فى السيفين فقال كلا كما قتله ، وقضى بسلبه لمعاذ بن عمرو بن الجموح . والرجلان معاذ بن عمرو ومعاذ بن عفراء » .
قال فى الفتح بعد أن ذكر رواية ابن اسحاق . فهذا الذى رواه ابن اسحاق يجمع بين الاحاديث لكنه يخالف ما فى الصحيح من حديث عبد الرحمن بن عوف فإنه رأى معاذاً ومعوذاً شدّا عليه جميعا حتى طرحاه . وابن اسحاق يقول ان ابن عفراء هو معوذ والذى فى الصحيح معاذ . فيحتمل أن يكون معاذ بن عفراء شد عليه مع معاذ بن عمرو كما فى الصحيح وضربه بعد ذلك معوذ حتى أثبته ثم حز رأسه ابن مسعود فتجتمع الاقوال كلها . واطلاق كونهما قتلاه يخالف فى الظاهر حديث ابن مسعود أنه وجده وبه رمق . وهو محمول على أنهما بلغا به بضربهما اياه بسيفيهما منزلة المقتول حتى لم يبق له الا مثل حركة المذبوح . وفى تلك الحالة لقيه ابن مسعود فضرب عنقه . على أن الرسول صلى الله عليه وسلم نفل ابن مسعود السيف فقط جمعاً بين الاحاديث

أما حديث أبي بكر رضى الله عنه فقد أخرجه أحمد والبخارى ومسلم عن أبي قتادة بلفظ « خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم حنين فلما التقينا

كانت للمسلمين جولة . قال فرأيت رجلا من المشركين قد علا رجلا من المسلمين فاستدرت اليه حتى أتيته من ورائه فضربته على حبل عاتقه ، وأقبل على فضمنى ضمة وجدت منها ريح الموت ثم أدركه الموت ، فأرسلني فلحقت عمر بن الخطاب فقال ما للناس ؟ فقلت أمر الله ، ثم ان الناس رجعوا وجلس رسول الله (ص) فقال من قتل قتيلا له عليه بينة فله سلبه . قال فقمت فقلت من يشهد لى ، ثم جلست ثم قال مثل ذلك . قال فقمت فقلت من يشهد لى ، ثم جلست . ثم قال ذلك الثالثة فقمت ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم مالك يا أبا قتادة ؟ فقصصت عليه القصة ، فقال رجل من القوم صدق يارسول الله سلبُ ذلك القتيل عندى فأرضه من حق ، فقال أبو بكر الصديق لاهاالله إذا لا يعمد إلى أسد من أسد الله يقاتل عن الله وعن رسوله فيعطيك سلبه ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم صدق فأعطه إياه فأعطانى ؛ قال فبعت الدرع فابتعت به مخرفاً فى بنى سلمة ، فإنه لأول مال تأثلته فى الإسلام »

ويؤخذ على المصنف قوله « لما روى أن أبا بكر الخ » هكذا بصيغة التمريض مما لا يتناسب مع حديث متفق عليه فى الصحيحين وفى غيرهما . وأما حديث « وايم الله » ذكره الحافظ الذهبي فى سير أعلام النبلاء هكذا

إسماعيل بن جعفر وابن عيينة عن عبد الله بن دينار سمع ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر أسامة على قوم ، فطعن الناس فى إمارته فقال « إن تطعنوا فى إمارته فقد طعنتم فى إمارة أبيه ، وايم الله إن كان لخليقاً الامارة ، وان كان لمن أحب الناس الىَّ ، وان ابنه هذا لأحب الناس الى بعده » لفظ اسماعيل « وان ابنه لمن أحب » ابراهيم بن طهمان عن موسى بن عقبه عن سالم عن أبيه فذكر نحوه وفيه « وان كان أبوه لخليقا للامارة وان كان لأحب الناس كلهم الىَّ » قال سالم « ما سمعت أبى يحدث بهذا الحديث قط الا قال والله ما حاشا فاطمة » انتهى .

وقد كان أسامة أسود أفطس لأن أمه بركة الحبشية مولاة رسول الله (ص) ذكر محمد بن اسحاق حدثنا يزيد بن هرون قال حدثنا حماد بن سلمة عن هشام بن

عروة عن أبيه أن النبي صلى الله عليه وسـلم أخر الافاضة من غرفة من أجل أسامة بن زيد ينتظره ، فجاء غلام أسود أفطس ، فقال أهل اليمن انما حبسنا من أجل هذا ، قال فلذلك كفر أهل اليمن من أجل هذا .

قال يزيد بن هرون « يعني ردتهم أيام أبي بكر الصديق » ولما فرض عمر بن الخطاب للناس فرض لأسامة خمسة آلاف ولعبد الله بن عمر ألفين ، فقال ابن عمر فضلت علىّ أسامة وقد شهدت ما لم يشهد ؟ فقال ان أسامة كان أحب الى رسول الله صلى الله عليه وسلم منك . وأبوه كان أحب الى رسول الله صلى الله عليه وسلم من أبيك

أما الاحكام ، فحروف القسم ثلاثة . الباء وهي الاصل وتدخل على المُظهَر والمضمر جميعا ، والواو وهي بدل من الباء تدخل على المظهر دون المضمر لذلك وهي أكثر استعمالا وبها جاءت أكثر الاقسام في الكتاب والسنة ، وانما كانت الباء الاصل لأنها الحرف الذي تصل به الافعال القاصرة عن التعدي الى مفعولاتها والتقدير في القسم ، أقسم بالله ، كما قال تعالى (وأقسموا بالله جهد أيمانهم) والتاء بدل من الواو ، وتختص باسم واحد من أسماء الله تعالى وهو الله ولا تدخل على غيره ، فيقال تالله . ولو قال تالرحمن أو تالرحيم لم يكن قسما ، فإذا أقسم بأحد هذه الحروف الثلاثة في موضعه كان قسما صحيحا لأنه موضوع له . وقد جاء في كتاب الله تعالى وكلام العرب ، قال الله تعالى (تالله لتسألن عما كنتم تفترون) (تالله لقد آثرك الله علينا) (تالله تفتؤ تذكر يوسف) (تالله لقد علمتم) (وتالله لأكيدن أصنامكم)

وقد اختلف أصحابنا فيه لما روى المزني في القسامة وما رواه الربيع في الأم فرواية المزني أنه ليس بيمين ، والصواب كما رواه الربيع في الام

فإن قال ما أردت به القسم لم يقبل منه لأنه أتى باللفظ الصريح في القسم ، واقترنت به قرينة دالة ، وهو الجواب بجواب القسم

وان قال بالله ونوى الاستعانة بالله والتحصن بالله أو الثقة بالله لم يكن يمينا فإن أطلق كان يمينا وان لم ينو اليمين لأنه يؤخذ بلفظه

(فرع) وان أقسم بغير حرف القسم فقال الله لأقومن : بالجر أو النصب ،

قال الشافعى لا يكون يميناً إلا أن ينوى لأن ذكر اسم الله تعالى بغير حرف القسم ليس بصريح فى القسم فلا ينصرف اليه إلا بالنية

وقال الحنابلة يكون يميناً لأنه سائغ فى العربية ، وقد ورد به عرف الاستعمال فى الشرع نوى أو لم ينو ، ويجاب عن هذا بأنكم سوغتم اليمين للعامى إذا قال واللهُ بالرفع مع عدم جوازه فى العربية قسما ، وهذا تناقض فكيف بلفظ لم يرد فيه حرف القسم ولم ينو به القسم ، ومذهبنا أنه اذا أراد به اليمين انعقدت يمينه لأن العرف لم يجر بذلك . وقال امرىء القيس

يمين الله أبرح قاعداً

وقال ، فقالت ، يمين الله ما لك حيلة

فهذا مصرح فيه بأنه يمين ، فلا يقال عنه إنه لم ينوه . ويجاب عن القسم بأربعة أحرف . حرفان للنفى هما ما ولا ، وحرفان للاثبات وهما إن واللام المفتوحة ، وتقوم إن المكسورة مقام ما النافية ، مثل قوله «وليحلفن إن أردنا إلا الحسنى» (فرع) وإن قال لا ها الله ونوى اليمين فهو يمين لما جاء فى حديث أبى بكر رضى الله عنه حين قال فى سلب قتيل أبى قتادة لا ها الله إذاً تعمد إلى أسد من أسد الله يقاتل عن الله ورسوله فيعطيك سلبه؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم صدق» وإن لم ينو اليمين فالظاهر أنه لا يكون يميناً لأنه لم يقترن به عرف ولا نية ، ولا فى جوابه حرف يدل على القسم ، وهذا مذهب أحمد رضى الله عنه

(فرع) وإن قال وايم الله ونوى اليمين فهو يمين موجبة للكفارة ، وكذلك وايمن . وقال أصحاب أحمد هى موجبة للكفارة مطلقاً وقد كان النبى صلى الله عليه وسلم يقسم به ، وقد اختلف فى اشتقاقه ، فقيل هو جمع يمين وحذفت فيه فى البعض تخفيفاً لكثرة الاستعمال . وقيل هو من اليمين ، فكأنه قال ويمين الله لأفعلن وألفه ألف وصل . وذكر القلعى أنها تخفض بالقسم ، والواو واو قسم عنده. قال ابن بطال فى شرح غريب المهذب « وذاكرت جماعة من أئمة النحو والمعرفة فمنعوا من الخفض ، وقالوا أيمن بنفسها آلة للقسم فلا يدخل على الآلة آلة هكذا ذكر لى من يسمع التاج النحوى رئيس أهل العربية بدمشق

وقوله « انه لخليق بالإمارة ، أى حقيق بها وجدير وقد خلق لذلك

قال المصنف رحمه الله .

(فصل) وإن قال لعمر الله ونوى به اليمين فهو يمين لأنه قد قيل معناه بقاء الله وقيل حق الله وقيل علم الله ، والجميع من الصفات التى تنعقد بها اليمين ، فإن لم يكن له نية ففيه وجهان

(أحدهما) أنه يمين لأن الشرع ورد به فى اليمين ، وهو قول الله عز وجل (لعمرك انهم لفى سكرتهم يعمهون)

(والثانى) أنه ليس بيمين ، وهو ظاهر النص لأنه غير متعارف فى اليمين .

(فصل) وإن قال أقسمت بالله أو أقسم بالله لأفعلن كذا ولم ينو شيئاً فهو يمين لأنه ثبت له عرف الشرع وعرف العادة ، فالشرع قوله عز وجل «فيقسمان بالله لشهادتنا أحق من شهادتهما) وقوله عز وجل (وأقسموا بالله جهد أيمانهم) وعرف العادة أن الناس يحلفون بها كثيراً

وإن قال أردت بقولى أقسمت بالله الخبر عن يمين متقدمة ، وبقولى أقسم بالله الخبر عن يمين مستأنفة ، قبل قوله فيما بينه وبين الله تعالى ، لأن ما يدعيه يحتمله اللفظ ، فأما فى الحكم فالمنصوص فى الأيمان أنه يقبل

وقال فى الايلاء إذا قال لزوجته أقسمت بالله لا وطئتك ، وقال أردت به فى زمان متقدم أنه لا يقبل ، فمن أصحابنا من قال لا يقبل قولا واحداً ، وما يدعيه خلاف ما يقتضيه اللفظ فى عرف الشرع ، وعرف العادة — وقوله فى الأيمان انه يقبل أراد به فيما بينه وبين الله عز وجل . ومنهم من قال لا يقبل فى الايلاء ويقبل فى غيره من الأيمان ، لأن الايلاء يتعلق به حق المرأة فلم يقبل منه خلاف الظاهر ، والحق فى سائر الأيمان لله عز وجل فقبل قوله . ومنهم من نقل جوابه فى كل واحدة من المسئلتين الى الاخرى وجعلهما على قولين

(أحدهما) يقبل لأن ما يدعيه يحتمله اللفظ

(والثانى) لا يقبل لأن ما يدعيه خلاف ما يقتضيه اللفظ فى عرف الشرع وعرف العادة ، فإن قال شهدت بالله أوأشهد بالله لأفعلن كذا فإن نوى به اليمين

فهو يمين ، لأنه قد يراد بالشهادة اليمين ، وإن نوى بالشهادة بالله الإيمان به فليس بيمين لأنه قد يراد به ذلك . وإن لم يكن له نية ففيه وجهان

(أحدهما) أنه يمين لأنه ورد به القرآن ، والمراد به اليمين ، وهو قوله عز وجل (فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين)

(والثاني) أنه ليس بيمين ، لأنه ليس في اليمين بها عرف من جهة العادة . وأما في الشرع فقد ورد ، والمراد به اليمين وورد والمراد به الشهادة ، فلم يجعل يمينا من غير نية .

وإن قال أعزم بالله لأفعلن كذا — فإن أراد به اليمين — فهو يمين ، لأنه يحتمل أن يقول أعزم ثم يبتدىء اليمين بقوله بالله لأفعلن كذا . وإن أراد أني أعزم بالله ، أي بمعونته وقدرته لم يكن يميناً ؛ وإن لم ينو شيئاً لم يكن يميناً لأنه يحتمل اليمين ويحتمل العزم على الفعل بمعونة الله فلم يجعل يمينا من غير نية ولا عرف . وإن قال أقسم أو أشهد أو أعزم ولم يذكر اسم الله تعالى لم يكن يميناً ، نوى به اليمين أو لم ينو ، لأن اليمين لا ينعقد إلا باسم معظم أو صفة معظمة ليتحقق له المحلوف عليه ، وذلك لم يوجد

(فصل) وإن قال أسألك بالله أو أقسم عليك بالله لتفعلن كذا — فإن أراد به الشفاعة بالله عز وجل في الفعل — لم يكن يميناً ، وإن أراد أن يحلف عليه ليفعلن ذلك صار حالفا ؛ لأنه يحتمل اليمين . وهو أن يبتدىء بقوله بالله لتفعلن كذا ، وان أراد أن يعقد للمسئول بذلك يمينا لم ينعقد لواحد منهما ، لأن السائل صرف اليمين عن نفسه والمسئول لم يحلف .

﴿ فصل ﴾ اذا قال والله لأفعلن كذا ان شاء زيد أن أفعله ، فقال زيد قد شئت أن يفعله انعقدت يمينه لأنه علق عقد اليمين على مشيئته وقد وجدت ، ثم يقف البر والحنث على فعل الشيء وتركه ، وان قال زيد لست أشاء أن يفعله لم تنعقد اليمين لأنه لم يوجد شرط عقدها ، وان فقدت مشيئته بالجنون أو الغيبة أو الموت لم ينعقد اليمين ، لأنه لم يتحقق شرط الانعقاد ، ولا ينعقد اليمين به . والله تعالى أعلم .

(الشرح) اذا قال لعمر الله — فإن قصد اليمين فهي يمين ، والا فلا ، ولعمرو الله . اللام لام القسم على المصـــدر المفتوح الذى فعله عمر يعمر كقتل يقتل ، فتقول لعمْرُك ، والمعنى وحياتك وبقائك ، ومنه اشتقاق العمرى . وقال أحمد رضى الله عنه هى يمين موجبة للكفارة مطلقا حيث أقسم بصفة من صفات الذات فكان يمينا موجبة للكفارة ، كالحلف ببقاء الله ، فإن معنى ذلك الحلف ببقاء الله وحياته . وقال أبو حنيفه بقول أحمد رضى الله عنه

ولنا أنها تكون يمينا اذا نوى اليمين لأنها انما تكون يمينا بتقدير خبر محذوف فكأنه قال لعمر الله ما أقسم ، فيكون مجازاً ؛ والمجاز لا ينصرف اليه الاطلاق . وهذا القول هو وجه عندنا وظاهر يخالفه . وقد ثبت فى القرآن الكريم القسم به ، كقوله (لعمرك انهم لفى سكرتهم يعمهون) وقال النابغة

فلا لعمر الذى زرته حججا وما أريق على الانصاب من جسد

وقال غيره : اذا رضيت كرام بنى قشير لعمر الله أعجبنى رضاها

وقال آخر: ولكن لعمر الله ماظل مسلما كغر الثنايا واضحات الملاغم

وان قال عمرك الله بحذف لام القسم نصب اسم الله تعالى فيه ، لأنه يأتى بمعنى نشدتك الله كما فى قوله :

أيها المنكح الثريا سهيلا عمرك الله كيف يلتقيان ؟

وان قال لعمرى أو لعمرك أو عمرك فليس بيمين خلافا لما ذهب اليه الحسن البصرى حيث جعل فى قوله لعمرى الكفارة

ولنا أنه أقسم بمخلوق فلم تلزمه الكفارة ، كما لو قال وحياتى ، وذلك لأن هذا اللفظ يكون قسما بحياة الذى أضيف اليه العُمر ، فإن التقدير : لعمرك قسمى أو ما أقسم به .

(فرع) اذا قال أقسم بالله أو أقسمت بالله لأفعلن كذا كان يمينا ، سواء نوى أو أطلق ، وهذا قول أهل العلم كافة ، لا نعلم فيه خلافا ، لأنه لو قال بالله ولم يقل أقسم ولم يذكر الفعل كان يمينا ، وذلك بتقدير الفعل قبله ، لأن الباء تتعلق بفعل مقدر على ما ذكرناه ؛ فإذا أطلق الفعل ونطق بالمقدر كان أولى بثبوت حكمه — وقد ثبت له عرف الاستعمال — قال تعالى (فيقسمان بالله)

وقال تعالى (وأقسموا بالله جهد أيمانهم) وأنشد أعرابي عمر « أقسم بالله لتفعلنه »
وكذلك الحكم إن ذكر الفعل بلفظ الماضى فقال أقسمت بالله أو شهدت بالله .
قال عبد الله بن رواحة أقسمت بالله لتنزلنه . وإن أراد بقوله أقسمت بالله الخبر
عن قسم ماض أو بقوله أقسم بالله عن قسم يأتى به قبل قوله فيما بينه وبين الله
تعالى ولا كفارة عليه لأن ما يدعيه يحتمله ، وهل يقبل قوله فى الحكم ؟ فالذى
قاله الشافعى فى الأيمان أنه يقبل ، وبه قال أحمد وأصحابه خلا القاضى .

وقال فى الايلاء فى صورة مماثلة ، إذا قال لزوجته أقسمت بالله لا وطئتك .
وقال أردت به فى زمان متقدم أنه لا يقبل ، فقد قال بعض أصحابنا لا يقبل قولا
واحداً ، وبه قال القاضى من الحنابلة ، لأن ما يدعيه خلاف ما يقتضيه اللفظ
فى عرف الشرع وعرف العادة أو الاستعمال ، وقالوا إن قوله فى الأيمان انما أراد
به أنه يقبل فيما بينه وبين الله تعالى .

ومن أصحابنا من قال هو على حالين يقبل فى الأيمان ولا يقبل فى الايلاء ،
وصرف كل قول على وجهه ، لأن حق المرأة لا يتعلق إلا بالظاهر فلم يقبل منه
خلافه ، والحق فى سائر الأيمان متعلق بالله تعالى فقبل قوله . ومن اصحابنا من
جعلهما قولين . ونقل جواب كل مسئلة منهما الى الاخرى فتساويا ، وأحد القولين
يقبل لاحتمال اللفظ ما يدعيه (والثانى) لا يقبل لمخالفة ما يدعيه لمقتضى اللفظ
والشرع والعرف والعادة والاستعمال .

(فرع) وإن قال أشهد بالله أو شهدت بالله لأفعلن كذا ، فإن قصد به اليمين
انعقدت ولزمته الكفارة ، وإن لم يقصد اليمين بأن قال أردت به الشهادة على أنى
مؤمن يشهد بالوحدانية قبل منه لأنه يحتمل ذلك ، وقد ورد اللفظ فى الكتاب
الكريم بمعنى اليمين فى قوله تعالى (فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله) كما ورد فى
القرآن مراداً به الشهادة ، ولذا جعلنا قصده مرجحا لأحد المعنيين . وان أطلق
ولم يعن شيئاً فى نيته فوجهان

(أحدهما) ينعقد يمينا لوروده فى الشرع كذلك

(والثانى) لا ينعقد يمينا لوروده فى الشرع بمعنى الشهادة وورده بمعنى
اليمين ، فلا يكون يمينا بغير نية .

وقال أصحاب أحمد شهد بالله تجرى مجرى أقسم بالله . وزعم ابن قدامة فى المغنى أنه قول عامة الفقهاء ، وقال لا نعلم فيه خلافا ، وقال وسواء نوى اليمين أو أطلق لأنه لو قال أشهد ولم يذكر الفعل كان يمينا وانما كان يمينا بتقدير الفعل قبله ، وما قرره ابن قدامة من كونه قول عامة الفقهاء غير صحيح كما عرفت من مذهبنا من الفرق بين قوله أقسم بالله وقوله أشهد بالله

(فرع) وإن قال أعزم بالله لأفعلن كذا وعنى به اليمين فهو يمين ، لأنه لو قال بالله لأفعلن كذا احتمل أن يكون يمينا ، فإذا قال قبل ذلك أعزم ثم ابتدأ اليمين بقوله بالله احتمل كونه . فإذا أراد بذلك اليمين انعقد يمينا . وان أراد به العزم بالله وعنى بمعونته وتأييده وقدرته وتوفيقه لم يكن يمينا وان أطلق لم يكن يمينا لأنه خلا من النية كما خلا منه العرف والاستعمال فلم يكن يمينا . وبه قال أحمد . فإذا تقرر هذا فإذا قال أشهد أو أقسم أو أعزم ولم يذكر اسم الله تعالى لم يكن يمينا . سواء نوى به اليمين أو لم ينو . لأن اليمين لا تنعقد بغير الله تعالى وأسمائه وصفاته .

وقال ابن قدامة ، وان قال أقسمت او آليت او حلفت او شهدت لأفعلن ولم يذكر بالله . فعن احمد روايتان

(إحداهما) انها يمين . وسواء نوى اليمين او اطلق . وروى نحو ذلك عن عمر وابن عباس والنخعى والثورى وابى حنيفة واصحابه . وعن احمد ان نوى اليمين بالله كان يمينا والا فلا . وهو قول مالك واسحاق . ابن المنذر لأنه يحتمل القسم بالله وبغيره فلم تكن يمينا حتى يصرفه بنيته الى ما تجب به الكفارة

ولنا انها ليست بيمين وان نوى . لأنها عريت عن اسم الله تعالى وصفته فلم تكن يمينا . كما لو قال أقسمت بالبيت او اقسمت بالكعبة . وروى هذا عن عطاء والحسن والزهرى وقتادة وابى عبيد . وما بقى من الفصول فعلى وجهها وقد مضى توضيحها فى الفروع آنفاً . على ان الذى تفتقر اليه هذه الفصول هو بيان احكام الحلف بالقرآن الكريم . فنقول ان الحلف بالقرآن او بآية منه او بكلام الله يمين منعقدة تجب الكفارة بالحنث فيها . وبهذا قال ابن مسعود والحسن وقتادة ومالك واحمد وابو عبيد وعامة اهل العلم

قال أبو حنيفة وأصحابه : ليس بيمين ولا تجب به كفارة ، فنهم من زعم أنه مخلوق . ومنهم من قال لا يعهد اليمين به . والحق أن القرآن كلام الله وصفة من صفات ذاته فتنعقد اليمين به ، كما لو قال وجلال الله وعظمته .

وقوله « هو مخلوق » فهذا كلام المعتزلة ، وإنما الخلاف مع الفقهاء ، ولا شك أن مذاهب المتكلمين لها تأثيرها على تقرير أحكام الفروع عند الفقهاء وقد روى عن ابن عمر مرفوعا أن القرآن كلام الله غير مخلوق

وقال ابن عباس فى قوله تعالى « قرآناً عربياً غير ذىءوج » أى غير مخلوق .
إذا ثبت هذا فإن الحلف بآية منه كالحلف بجميعه لأنها من كلام الله تعالى . وان حلف بالمصحف انعقدت يمينه ، وكان قتادة يحلف بالمصحف . وقال ابن قدامة ولم يكره ذلك إمامنا وإسحق ، لأن الحالف بالمصحف إنما قصد الحلف بالمكتوب فيه وهو القرآن ، فإنه بين دفتى المصحف بإجماع المسلمين

(مسألة) نص احمد رضى الله عنه على أن من حلف بحق القرآن لزمته بكل آية كفارة يمين . وهو قول ابن مسعود والحسن (قلت) مذهبنا أن الواجب كفارة واحدة وهو قياس المذهب عندالحنابلة وأبى عبيد ، لأن الحلف بصفات الله كلها وتكرر اليمين بالله سبحانه لا يوجب أكثر من كفارة واحدة ، فالحالف بصفة واحدة من صفاته أولى أن تجزئه كفارة واحدة

ووجه الأول ما رواه مجاهد قال ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من حلف بسورة من القرآن فعليه بكل آية كفارة يمين صبر ، فمن شاء بر ومن شاء فجر » رواه الاثرم ، ولأن ابن مسعود قال عليه بكل آية كفارة يمين . قال أحمد وما أعلم شيئاً يدفعه

قال فى المغنى : ويحتمل أن كلام احمد فى كل آية كفارة على الاستحباب لمن قدر عليه ، فإنه قال عليه بكل آية كفارة يمين فإن لم يمكنهفكفارة واحدة. ورده إلى واحدة عند العجز دليل على أن ما زاد عليها غير واجب ، وكلام ابن مسعود يحمل على الاختيار والاحتياط لكلام الله والمبالغة فى تعظيمه، كما أنعائشة (رض) أعتقت أربعين رقبة حين حلفت بالعهد — وليس ذلك بواجب — ولا يجب أكثر من كفارة واحدة لقول الله تعالى « لا يؤاخذكم الله باللغو فى أيمانكم ولكن

يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان فكفارته إطعام عشرة مساكين» وهذه يمين فتدخل في عموم الأيمان المنعقدة ، لأنها يمين واحدة فلم توجب كفارات كسائر الأيمان ولأن إيجاب كفارات بعدد الآيات يفضى الى المنع من البر والتقوى والاصلاح بين الناس ، لأنه من علم أنه بحنثه تلزمه هذه الكفارات كلها ترك المحلوف عليه كائنا ما كان ، وقد يكون براً وتقوى وإصلاحا فتمنعه منه ، وقد نهى الله تعالى عنه بقوله (ولا تجعلوا الله عرضة لأيمانكم أن تبروا وتتقوا وتصلحوا بين الناس) والله تعالى أعلم بالصواب

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب جامع الأيمان

إذا حلف لا يسكن داراً وهو فيها ، فخرج في الحال بنية التحويل وترك رحله فيها لم يحنث لأن اليمين على سكناه وقد ترك السكنى فلم يحنث بترك الرحل ، كما لو حلف لا يسكن فى بلد فخرج وترك رحله فيه . وان تردد إلى الدار لنقل الرحل لم يحنث ، لأن ذلك ليس بسكنى

وإن حلف لا يسكنها وهو فيها ، أو لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه ، أو لا يركب هذه الدابة وهو راكبها فاستدام حنث ، لأن الاسم يطلق على حال الاستدامة ، ولهذا تقول سكنت الدار شهراً ولبست الثوب شهراً وركبت الدابة شهراً . وان حلف لا يتزوج وهو متزوج أو لا يتطهر وهو متطهر أو لا يتطيب وهو متطيب فاستدام لم يحنث ، لأنه لا يطلق الاسم عليه فى حال الاستدامة ، ولهذا تقول تزوجت من شهر وتطهرت من شهر وتطيبت من شهر ، ولا تقول تزوجت شهراً وتطهرت شهراً وتطيبت شهراً

وإن حلف لا يدخل الدار وهو فيها فاستدام ففيه قولان : قال فى الأم يحنث لأن استدامة الدخول كالابتداء فى التحريم فى ملك الغير فكذلك فى الحنث فى اليمين كاللبس والركوب

وقال فى حرملة لا يحنث — وهو الصحيح — لأن الدخول لا يستعمل فى

الاستدامة ولهذا تقول دخلت الدار من شهر ، ولا تقول دخلتها شهراً فلم يحنث بالاستدامة ، كما لو حلف لا يتطهر أو لا يتزوج فاستدام ، فإن حلف لا يسافر وهو فى السفر فأخذ فى العود لم يحنث ، لأنه أخذ فى ترك السفر ، وان استدام السفر حنث لأنه مسافر .

(الشرح) قوله « بنية التحويل » التحويل مصدر حول تحويلا وهو يلزم ويتعدى ، فيقال حولته تحويلا إذا غيرت موضعه ، وحول هو تحويلا إذا انتقل من موضع إلى موضع ، وقد مضى فى الحوالة بحث مادته واشتقاقاتها .

والرحل كل شيء يعد للرحيل من وعاء المتاع ومركب المطية وحلس ورسن وجمعه أرحل ورُحال ، ورحل الشخص مأواه فى الحضر ، ثم أطلق على أمتعة المسافر لأنها هناك مأواه ، وفى الحديث « صلوا فى رحالكم » أى فى مأواكم

أما الأحكام فإن مبنى اليمين على لفظ الحالف ، فإذا حلف صريحة عبارته انصرفت يمينه اليها ، سواء كان ما نواه موافقاً لظاهر اللفظ أو مخالفاً ، فالموافق للظاهر أن ينوى باللفظ موضوعه الأصلى مثل أن ينوى باللفظ العام العموم ، وبالمطلق الإطلاق ، وبسائر الالفاظ ما يتبادر إلى الافهام منها أو المخالف فإنه يتنوع أنواعاً :

(أحدها) أن ينوى بالعام الخاص ، مثل أن يحلف لا يأكل لحماً ولا فاكهة ويريد لحماً بعينه وفاكهة بعينها . ومنها أن يحلف على فعل شيء أو تركه مطلقاً وينوى فعله أو تركه فى وقت بعينه . مثل أن يحلف أن لا يركب السيارة ، وهو يعنى الآن أو اليوم ، أو يحلف لألبسن . يعنى الساعة

ومنها أن يعنى بقسمه غير ما يفهمه السامع منه كالمعاريض ونحوها . ومنها أن يريد بالخاص العام ، مثل أن يحلف لا شربت لفلان الماء من العطش . يعنى قطع كل ما له فيه منة ، أو لا يأوى مع امرأته فى دار يريد جفاءها بترك اجتماعها معه فى جميع الدور .

فى كل ماذكرنا لا عبرة عندنا بما عناه أو نواه أو خالف لفظه ، لأن الحنث مخالفة ماعقد عليه اليمين واليمين هو اللفظ . فلو أحنثناه على ما سواه لأحنثناه

على ما نوى لا على ما حلف ، ولأن النية بمجردها لا تنعقد بها اليمين فكذلك لا يحنث بمخالفتها ، وبهذا قال ابو حنيفة رضى الله عنه

وقال مالك وأحمد رضى الله عنهما : اذا نوى بيمينه ما يحتمله انصرفت يمينه اليه ، سواء خالف اللفظ أو وافقه ، لأن مبنى اليمين على النية

(فرع) إذا حلف لا يسكن داراً وهو ساكنها خرج من وقته ، فإن تخلف عن الخروج وأقام بعد يمينه زمناً حنث لأن استدامة السكنى كابتدائها فى وقوع اسم السكنى عليها ، ألا تراه يقول سكنت هذه الدار شهراً ، كما يقول لبست هذا الثوب شهراً ، وبهذا قال أحمد وأصحابه .

وإن أقام لنقل رحله وقماشه لم يحنث ، لأن الانتقال لا يكون إلا بالأهل والمال فيحتاج أن ينقل ذلك معه حتى يكون منتقلا

وحكى عن مالك أنه إن أقام دون اليوم والليلة لم يحنث ، لأن ذلك قليل يحتاج اليه فى الانتقال فلم يحنث به . وعن زفر انه قال يحنث وان انتقل فى الحال لأنه لا بد من أن يكون ساكنا عقيب يمينه ولو لحظة فيحنث بها وليس بصحيح فإن ما لا يمكن الاحتراز منه لا يراد باليمين ولا يقع عليه . وأما اذا أقام زمنا يمكنه الانتقال فيه فإنه يحنث لأنه فعل ما يقع عليه اسم السكنى فحنث به كموضع الاتفاق ، ألا ترى أنه لو حلف لا يركب سيارة فوقف على سلمها أو تعلق بمؤخرتها حنث وإن كان قليلا ؟

(فرع) إذا أقام على متاعه وأهله حنث ، وقال أبو حنيفة واحمد لم يحنث لأن الانتقال لا يكون الا بالاهل والمال ولا يمكنه التحرز من هذه الاستدامة فلا يقع اليمين عليها . وعلى هذا إن خرج بنفسه وترك أهله وماله فى المسكن مع إمكان نقلهم عنه حنث

ولنا أن لا يحنث اذا خرج بنية الانتقال ، لأنه اذا خرج بنية الانتقال فليس بساكن — ولأنه يجوز ان يريد السكنى وحده دون اهله وماله — وعند احمد وابى حنيفة ان السكنى لا يكون الا بالاهل والمال ، ولهذا يقال فلان ساكن بالبلد الفلانى وهو غائب عنه بنفسه . واذا نزل بلداً بأهله وماله يقال سكنه ، ولو نزله بنفسه لا يقال سكنه .

هذا كلامهم وهو ظاهر الخطأ ، لأن المرء قد يموت أبواه أو ينفصل عنهما ولما يتزوج بعد ثم يسكن أنى شاء وحده . وحكى عن مالك أنه اعتبر نقل عياله دون ماله ، والاولى إن شاء الله أنه إذا انتقل إلى مسكن آخر لا يحنث وإن بقى متاعه فى الدار ، لأن مسكنه حيث حل هو ، وضع فى المسكن الذى نزل فيه ما يتأثث به أو لم يضع ، ما دام قد تحقق حلوله فيه من إجارة أو تملك أو اتهاب

(فرع) وإن أكره على المقام لم يحنث ، وكذلك إن كان فى جوف الليل فى وقت لا يجد فيه منزلا يتحول اليه ، أو يحول بينه وبين المنزل أبواب مغلقة لا يمكن فتحها أو خوف على نفسه أو أهله أو ماله فأقام فى طلب النقلة أو انتظاراً لزوال المانع منها لم يحنث ؛ وإن خرج طالباً للنقلة فتعذرت عليه إما لكونه لم يجد مسكنا يتحول اليه لتعذر الكراء واكتظاظ المساكن بأهلها وندرة الخالى منها أو يوجد فى مقابل مبلغ كبير لا يطيقه ولا يتيسر له أداؤه ، أو لم يجد من يحمل أمتعته كسيارة أو دابة أو حمال ولا يمكنه النقلة بدونها فأقام حنث وعليه الكفارة .
وقال الحنابلة لم يحنث لأن إقامته عن غير اختيار منه لعدم تمكنه من النقلة

(فرع) فإن حلف لا يتزوج ولا يتطيب ولا يتطهر فاستدام ذلك لم يحنث فى قولهم جميعاً ، لأنه لا يطلق على من استدامها اسم الفعل ، فلا يقال تزوجت شهراً ، ولا تطيبت شهراً ، وإنما يقال منذ شهر ، ولم ينزل الشارع استدامة التزويج والطيب منزلة ابتدائها فى تحريمه فى الاحرام وإيجاب الكفارة فيه

(فرع) وان حلف لا يدخل داراً هو فيها فأقام فيها ففيه قولان أصحهما ما رواه حرملة أنه لا يحنث .

وعن أحمد روايتان ، إحداهما يحنث . قال أحمد فى رجل حلف على امرأته لا دخلت أنا وأنت هذه الدار وهما جميعاً فيها ، قال أخاف أن يكون حنث .

والثانية لا يحنث ، ذكرها ابن قدامة عن القاضى واختارها أبو الخطاب . وهو قول أصحاب الرأى ، لأن الدخول لا يستعمل فى الاستدامة ، ولهذا يقال دخلتها منذ شهر ولا يقال دخلتها شهراً فجرى مجرى التزويج ؛ ولأن الدخول الانفصال من خارج الى داخل فلا يوجد هذا المعنى فى الإقامة والمكث

قال ابن قدامة : ويحتمل أن من أحنثه إنما كان لأن ظاهر حال الحالف أنه يقصد هجران الدار ومباينتها ؛ والإقامة فيها تخالف ذلك فجرى مجرى الحالف على ترك السكنى به اهـ .

(فرع) فإن حلف لا يلبس ثوباً وهو لابسه فإن نزعه فى الحال وإلا حنث وكذلك إن حلف لا يركب دابة هو راكبها — فإن نزل فى أول حالة الإمكان والا حنث ، وبهذا قال أحمد وأصحاب الرأى . وقال أبو ثور لا يحنث باستدامته اللبس والركوب حتى يبتدئه . لأنه لو حلف لا يتزوج ولا يتطهر فاستدام ذلك لم يحنث . كذا ههنا

دليلنا أن استدامة اللبس والركوب تسمى لبسا وركوباً ، ويسمى به لابسا وراكبا . ولذلك يقال لبست هذا الثوب شهراً ، وركبت دابتى يوماً فحنث باستدامته ، كما لو حلف لا يسكن فاستدام السكنى ، وقد اعتبر الشرع هذا فى الاحرام حيث حرم لبس المخيط فأوجب الكفارة فى استدامته كما أوجبها فى ابتدائه وفارق التزويج فإنه لا يطلق على الاستدامة فلا يقال تزوجت شهراً . وانما يقال منذ شهر . ولهذا لم تحرم استدامته فى الاحرام كابتدائه

(فرع) ان حلف لا يسافر وكان فى السفر فإن سار فى سفره حنث وإن أخذ فى العود لم يحنث ولو كانت مسافة العود أكبر من قدر مسافة القصر . وذلك لأنه يعتبر آخذاً فى ترك السفر

قال المصنف رحمه الله تعالى

﴿ فصل ﴾ وان حلف لا يساكن فلانا — وهما فى مسكن واحد . ففارق أحدهما الآخر فى الحال وبقى الآخر — لم يحنث لأنه زالت المساكنة . وإن سكن كل واحد منهما فى بيت من خان أو دار كبيرة . وانفرد كل واحد منهما بباب وغلق لم يحنث لأنه ماساكنه . فإن حلف لا يدخل داراً فأدخل احدى الرجلين أو أدخل رأسه اليها لم يحنث ، وان حلف لايخرج من دار فأخرج احدى الرجلين أو أخرج رأسه منها لم يحنث . لأن النبى صلى الله عليه وسلم كان معتكفا وكان يدخل رأسه الى عائشة لترجله » ولأن كمال الدخول والخروج لا يحصل بذلك .

(فصل) وإن حلف لا يدخل داراً فحصل فى سطحها وهو غير محجر لم يحنث . وقال أبو ثور يحنث لأن السطح من الدار . وهذا خطأ لأنه حاجز بين داخل الدار وخارجها فلم يصر بحصوله فيه داخلا فيها ، كما لو حصل على حائط الدار . وإن كان محجراً ففيه وجهان

أحدهما يحنث لأنه يحيط به سور الدار

والثانى لا يحنث ، وهو ظاهر النص لأنه لم يحصل فى داخل الدار ، وإن كان فى الدار نهر فطرح نفسه فى الماء حتى حمله إلى داخل الدار حنث لأنه دخل الدار . وإن كان فى الدار شجرة منتشرة الأغصان فتعلق بغصن منها ونزل فيها حتى أحاط به حائط الدار حنث . وإن نزل فيه حتى حاذى السطح فإن كان غير محجر لم يحنث وإن كان محجرا فعلى الوجهين

(الشرح) حديث اعتكاف الرسول فى الصحيحين عن عائشة رضى الله عنها قالت « إن كان رسول الله صلى الله عليه وسلم ليدخل علىّ رأسه وهو فى المسجد فأرجله ، وكان لا يدخل البيت إلا لحاجة إذا كان معتكفاً » .

أما غريب الفصل فقوله « بيت من خان » قال فى المصباح : والخان ما ينزله المسافرون . والجمع خانات .

(قلت) لعله مكان كان يقوم مقام الفندق فى عصرنا هذا ، إلا أن الخان فيما مضى كان فيه مكان فسيح تأوى اليه الدواب ، ومستودع لبضائع المسافرين وأمتعتهم . وقوله «غير محجر» المحجر الذى عليه بناء يحيط به ومنه سميت الحجرة وسور الدار ما يحيط به .

أما الأحكام فإنه إذا حلف لا يساكن فلاناً فالحكم فى الاستدامة على ما ذكرنا فى الحلف على السكنى . وإن انتقل أحدهما وبقى الآخر لم يحنث لزوال المساكنة وإن سكنا فى دار واحدة — وكل واحد فى بيت ذى باب وقفل أو غلق — فإن كانت الدار صغيرة فهما متساكنان ، لأن الصغيرة مسكن واحد ، وإن كانت كبيرة إلا أن أحدهما فى البيت والآخر فى الصفة ، أو كانا فى صفتين أو بيتين ليس على أحدهما غلق دون صاحبه فهما متساكنان ، وإن كانا فى بيتين كل واحد

منهما ينفرد بمسكنه دون الآخر فأشبها المتجاورين كل واحد منهما ينفرد بمسكنه

وقالت الحنابلة : انهما فى دار واحدة فكانا متساكنين كالصغيرة ، وفارق المتجاورين فى الدارين فإنهما ليسا متساكنين ، ويمينه على نفى المساكنة لا على المجاورة . ولو كانا فى دار واحدة حالة اليمين فخرج أحدهما منها وقسماها حجرتين وفتحا لكل واحدة منهما باباً وبينهما حاجز ، ثم سكن كل واحد منهما فى حجرة لم يحنث لأنهما غير متساكنين

(فرع) إذا تشاغلا ببناء الحاجز بينهما وهما متساكنان حنث ، لأنهما تساكنا قبل انفراد إحدى الدارين من الاخرى ، وبهذا قال أحمد وأصحاب الرأى وأهل المدينة ولا نعلم فيه خلافا .

(فرع) ان حلف لا ساكنت فلاناً فى هذه الدار فقسماها حجرتين وبنيا بينهما حائطا وفتح كل واحد منهما لنفسه باباً ثم سكنا فيهما لم يحنث لما ذكرنا فى التى قبلها . وهذا قول أحمد وابن المنذر وأبى ثور وأصحاب الرأى . وقال مالك : لا يعجبنى ذلك لكونه عين الدار ولا ينحل بتغيرها

(فرع) إن حلف لا يخرج من دار فأخرج يده أو رجله أو رأسه لم يحنث بلا خلاف ، سواء كان لحاجة أم غيرها . أما الخروج بكل بدنه أو أخرج رجليه واعتمد عليهما وبقى رأسه داخل الدار حنث ، فإذا قعد معتمداً على مقعدته وأخرج رجليه مادهما الى الخارج فلا يحنث على الصحيح لما ذكر فى الاعتكاف من أن اعتكافه لا يبطل ، فلم يحنث فى يمينه ، لأن كمال الخروج والدخول لا يحصل بذلك .

(فرع) قوله « وإن حلف لا يدخل داراً فحصل فى سطحها الخ » قلت ، قال الشافعى لا يحنث . ولأصحابنا فيما إذا كان محجرا وجهان ، وظاهر النص أنه لا يحنث . وقال أحمد يحنث ، سواء كان السطح محجراً أم لا ، وبهذا قال مالك وأبو ثور وأصحاب الرأى — وهذا خطأ — لأن السطح حاجز بين داخل الدار وخارجها ، كسطح المسجد فإنه لا يعد من المسجد ولا يجوز الاعتكاف فيه ، كما لا يجوز الاعتكاف فى منارته على ما مضى فى الاعتكاف . وعند الحنابلة يصح الاعتكاف فى سطح المسجد

قوله « فتعلق بغصن منها ونزل الخ » وجملة ذلك أنه إن تعلق بغصن شجرة فى الدار ولم يكن بين حيطانها لم يحنث ، فإن نزل حنث ، وفى وجه عند الحنابلة وأبى ثور وأصحاب الرأى أنه إذا تعلق بغصن شجرة فى الدار حنث وإن لم ينزل بين حيطانها لأنه فى هوائها ، وهواؤها ملك لصاحبها فأشبه ما لو قام على سطحها لأنه يحنث بصعود السطح عندهم كما ذكرنا آنفاً ، وكذلك إن كانت الشجرة فى غير الدار فتعلق بفرع ماد على الدار فى مقابلة سطحها ، فإن قام على حائط الدار احتمل عندهم وجهين .

أحدهما أنه يحنث لأنه داخل فى حدها فأشبه القائم على سطحها

والوجه الثانى وهو المذهب عندنا : لا يحنث لأنه لا يسمى دخولا ، وإن قام فى طاق الباب فكذلك لأنه بمنزلة حائطها . وإن حلف أن لا يضع قدمه فى الدار فدخلها راكبا أو ماشيا منتعلا أو حافيا حنث ، كما لو حلف أن لا يدخلها وبهذا قال أصحاب الرأى وأحمد . وقال أبو ثور : إن دخلها راكبا لم يحنث لأنه لم يضع قدمه فيها .

دليلنا أنه قد دخل الدار فحنث ، كما لو دخلها ماشيا ، ولا نسلم أنه لم يضع قدمه فيها ، فإن قدمه موضوعة ، فإن كان فى الدار نهر فدخلها فى سفينة أو زورق فقدمه فى الزورق أو على الدابة فأشبه ما لو دخلها منتعلا

قال المصنف رحمه الله تعالى :

﴿ فصل ﴾ وإن حلف لا يدخل دار زيد هذه فباعها ثم دخلها حنث ، لأن اليمين على عين مضافة إلى مالك فلم يسقط الحنث فيه بزوال الملك ، كما لو حلف لا يكلم زوجة فلان هذه فطلقها ثم كلمها وإن حلف لا يدخل دار زيد فدخل داراً لزيد وعمرو لم يحنث لأن اليمين معقودة على دار جميعها لزيد . وإن حلف لا يدخل دار زيد فدخل داراً يسكنها زيد بإعارة أو إجارة أو غصب — فإن أراد مسكنه — حنث لأنه يحتمل ما نوى ، وإن لم يكن له نية لم يحنث .

وقال أبو ثور : يحنث ، لأن الدار تضاف إلى الساكن ، والدليل عليه قوله

تعالى « لا تخرجوهن من بيوتهن» فأضاف بيوت أزواجهن اليهن بالسكنى ، وهذا خطأ ، لأن حقيقة الاضافة تقتضى ملك العين ، ولهذا لو قال : هذه الدار لزيد جعل ذلك إقراراً له بملكها

(فصل) وإن حلف لا يدخل هذه الدار فانهدمت وصارت ساحة أو جعلت حانوتاً أو بستانا فدخلها لم يحنث لانه زال عنها اسم الدار . وان أعيدت بغير تلك الآلة لم يحنث بدخولها لانها غير تلك الدار . وإن أعيدت بتلك الآلة ففيه وجهان ، أحدهما لا يحنث ، وهو قول أبى على بن أبى هريرة لانها غير تلك الدار والثانى أنه يحنث لانها عادت كما كانت

(الشرح) إن حلف لا يدخل دار فلان فدخل دارا له يسكنها بأجرة أو عارية أو غصب لم يحنث .

وقال أحمد وأبو ثور وأصحاب الرأى يحنث ، لان الدار تضاف إلى ساكنها كإضافتها الى مالكها . قال تعالى «لاتخرجوهن من بيوتهن» أراد بيوت أزواجهن التى يسكنّها . وقال تعالى « وقرن فى بيوتكن » ولان الاضافة للاختصاص ، وكذلك ساكن الدار مختص بها فكانت إضافتها اليه صحيحة ، وهى مستعملة فى العرف فوجب أن يحنث بدخولها كالمملوكة له

ولنا أن الاضافة فى الحقيقة إلى المالك بدليل أنه لو قال هذه الدار لفلان كان مقراً له بملكها ، ولو قال أردت أنه يسكنها لم يقبل لان حقيقة الاضافة تقتضى ملك العين ، وأن اضافة البيت الى ساكنه اضافة مجازية ، ولو سلمنا بإحلال المجاز مكان الحقيقة لانسلخ الناس من أيمانهم .

وان حلف لا يدخل دار زيد هذه ، واسم الاشارة هنا ينصرف الى عين مضافة الى زيد حنث ولا يسقط الحنث هنا بزوال الملك . ومثاله لو حلف لا يكلم زوجة فلان فطلقها ثم كلمها حنث

(فرع) ولو حلف لا يركب دابة فلان فركب دابة استأجرها فلان هذا ، فقياس المذهب أنه لا يحنث لما قررنا من أن الاضافة تقتضى حقيقة الملك ، وكذلك ان ركب دابة استعارها فلان لم يحنث وعند الحنابلة أنه يحنث فى الاولى

ولم يحنث فى الثانية ، وكذلك القول فيما إذا اغتصبها فإنه لا يحنث فى قول الجميع . وما بقى من الفصلين فعلى وجهه .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن حلف لا يدخل هذه الدار من هذا الباب فقلع الباب ونصبه فى مكان آخر وبقى الممر الذى كان عليه الباب فدخلها من الممر حنث . وإن دخلها من الموضع الذى نصب فيه الباب لم يحنث . ومن أصحابنا من قال : إن دخل من الممر الذى كان فيه الباب لم يحنث لأنه لم يدخل من ذلك الباب ، لأن الباب نقل وهذا خطأ لأن الباب هو الممر الذى يدخل ويخرج منه دون المصراع المنصوب والممر الاول باق فتعلق به الحنث

وإن حلف لا يدخل هذه الدار من بابها أو لا يدخل من باب هذه الدار فسد الباب وجعل الباب فى مكان آخر فدخلها منه ففيه وجهان

أحدهما أنه لا يحنث . وهو قول أبى على بن أبى هريرة ، وهو المنصوص فى الأم ، لأن اليمين انعقدت على باب موجود مضاف إلى الدار ، وذلك هو الباب الاول فلا يحنث بالثانى ، كما لو حلف لا يدخل دار زيد فباع زيد داره ثم دخلها والثانى وهو قول أبى إسحاق انه يحنث وهو الاظهر لأن اليمين معقودة على بابها وبابها الآن هو الثانى فتعلق الحنث به ، كما لو حلف لا يدخل دار زيد فباع زيد داره واشترى أخرى فإن الحنث يتعلق بالدار الثانية دون الاولى

(فصل) وان حلف لا يدخل بيتاً فدخل مسجداً أو بيتاً فى الحمام لم يحنث لأن المسجد وبيت الحمام لا يدخلان فى إطلاق اسم البيت ، ولأن البيت اسم لما جعل للايواء والسكنى ، والمسجد وبيت الحمام لم يجعل لذلك ، فإن دخل بيتاً من شعر أو أدم نظرت ، فإن كان الحالف ممن يسكن بيوت الشعر والادم حنث . وإن كان ممن لا يسكنها ففيه وجهان

أحدهما وهو قول أبى العباس بن سريج أنه لا يحنث لأن اليمين تحمل على العرف ، ولهذا لو حلف لا يأكل الرءوس حمل على ما يتعارف أكله منفرداً وبيت الشعر والادم غير متعارف للقروى فلم يحنث به

والثانى وهو قول أبى إسحاق وغيره أنه يحنث لأنه بيت جعل للايواء والسكنى فأشبه بيوت المدر. وقولهم انه غير متعارف فى حق أهل القرى يبطل بالبيت من المدر فإنه غير متعارف فى حق أهل البادية ثم يحنث به، وخبز الارز غير متعارف فى حق غير الطبرى ثم يحنث بأكله إذا حلف لا يأكل الخبز

(الشرح) إن حلف لا يدخل هذه الدار من بابها هذا فدخلها من غير الباب أى من الممر بعد تجريده من الباب حنث ، وان دخلها من الممر الآخر الذى وضع فيه الباب لم يحنث ، ومن أصحابنا من قال: إن دخل من الممر الذى كان فيه الباب لم يحنث لأن الباب قد انتزع وهو قد حلف على الدخول منه ، فإن دخل من الممر الذى رُكّب فيه حنث ، والى هذا ذهب أحمد وأصحابه . وهذا خطأ ، لأن الباب هو الممر الذى مه الدخول والخروج ، وليس هو المصراع القائم المتحرك ، ولما كان الممر باقياً تعلق الحنث به

وإن حلف لا يدخل من باب هـذه الدار فعمل لها باب آخر فى مكان آخر فدخلها منه ففيه وجهان

أحدهما المنصوص فى الام ، واليه ذهب أبو على بن أبى هريرة أنه لا يحنث لتعلق اليمين بباب قائم مضاف إلى الدار ، وهو الباب الاول ، فلا تنعقد اليمين على الباب الثانى .

والثانى وهو قول أبى اسحاق الاسفراييني ، وهو مذهب أحمد رضى الله عنه أنه يحنث ، لأنه دخلها وقد حلف أن لا يدخلها من بابها ، وقد صار هذا الباب الاخير بابها فينعقد اليمين به ، كما لو حلف لا يدخل دار زيد فباع زيد داره واشترى أخرى ، فإن الحنث يرتبط بالاخرى ارتباطه بالاولى قبل بيعها ، ولا يتعلق اليمين بالاولى بعد بيعها . وان قلع الباب ونصب فى دار أخرى وبقى الممر حنث بدخوله ولم يحنث بدخوله من الموضع الذى نصب فيه الباب لأنها دار أخرى ؛ لأن الدخول من الممر لا من المصراع

(مسألة) اذا حلف أن لا يدخل بيتاً فدخل مسجدا أو حماما عاما ، ومثل ذلك ما يصنع على الشواطىء من أكشاك الاستراحة وخلع الملابس فإنه

لايحنث بدخولها . وإن كان من أهل الحضر فحلف أن لا يدخل بيتاً فدخل خباء من الشعر أو الوبر فإنه لا يحنث فى وجه قال به ابن سريج ويحنث فى وجه قال به أبو اسحق الاسفراينى وغيره ، لأن وظيفة البيت الإيواء ، وبه قال أحمد بن حنبل وأكثر الفقهاء ومنهم أصحاب أحمد أنه لايحنث لأنه لا يسمى بيتاً فى العرف ورجح ابن قدامة أن المذهب الحنث لأنهما بيتان حقيقة لقوله تعالى « فى بيوت أذن الله أن ترفع » وقال « إن أول بيت وضع للناس للذى ببكة مباركاً » وروى «بئس البيت الحمام» وقوله صلى الله عليه وسلم « ستفتح لكم بلاد الروم وستجدون فيها بيوتا تسمى الحمامات ، فإذا دخلتموها فائتزروا بالمآزر » وقالوا : إذا دخل الحضرى بيتاً من الشعر أو غيره حنث ، سواء كان الحالف حضرياً أو بدويا لقوله تعالى « والله جعل لكم من بيوتكم سكنا وجعل لكم من جلود الأنعام بيوتا تستخفونها يوم ظعنكم ويوم إقامتكم »

فأما ما لا يسمى بيتا فى العرف كالخيمة والكشك فالأظهر أن لا يحنث بدخوله من لا يسميه بيتا لأن يمينه لا تنصرف اليه

قوله « فى حق غير الطبرى » قلت نسبة الى طبرستان بفتح الباء وكسر الراء لالتقاء الساكنين وسكون السين اسم بلاد بالعجم ، وهى مركبة من كلمتين واليها ينسب أبو على الطبرى وابن جرير المفسر وجماعة من أصحابنا . وأما طبرية وهى مدينة من أعمال فلسطين — أعادها الله إلى الاسلام من يد اليهود — فإن النسبة اليها طبرانى على غير قياس — واليها ينسب صاحب المعاجم الثلاثة رحمه الله — وأهل طبرستان كانوا يصنعون الخبز من الارز ، ومراد المصنف أن غير الطبرى إذا حلف أن لا يأكل الخبز فإنه يحنث إذا أكل خبز الارز

وقوله « المصراع » هو الشطر وهما مصراعان أى لوحان . وقوله « القروى » نسبة الى القرية وهى الضيعة

وقال فى كفاية المتحفظ : القرية كل مكان اتصلت به الابنية واتخذ قراراً . وتقع على المدن وغيرها والجمع قرى على غير قياس . قال بعضهم : لأن ما كان على فَعْلة من المعتل فبابه أن يجمع على فعال بالكسر مثل ظبية وظباء ، وركوة وركاء والنسبة اليها قروى بفتح الراء على غير قياس

وقال ابن بطال : القرية سميت بذلك لأنها تجمع الناس من قرى إذا جمع . ويقال قرية لغة يمانية ولعلها جمعت على قرى مثل لحية ولحى .

وقوله « بيوت المدر » والمدر جمع مدرة مثل قصب وقصبة ، وهو التراب المتلبد . قال الأزهرى : المدر قطع الطين وبعضهم يقول : الطين العلك الذى لا يخالطه رمل . والعرب تسمى القرية مدرة ، لأن بنيانها غالبا من المدر ، وفلان سيد مدرته ، أى قريته ، ومدرت الحوض مدراً من باب قتل ، أصلحته بالمدر وهو الطين .

(فرع) إذا حلف أن لا يدخل البيت فوقف فى الدهليز أو الفناء أو الصفة هل يحنث ؟ وجهان . الاول لا يحنث ، واليه ذهب أحمد ، لأنه لا يسمى بيتا ، حيث يقال ما دخلت البيت إنما وقفت فى الدهليز أو الصحن أو الفناء .

الثانى: يحنث لأنه يمكن أن يقال: أمان أهل مكة أن من دخل بيت أبى سفيان فهو آمن ، ويشمل ذلك من كان فى الفناء أو الصحن أو الصفة — وبهذا قال أبو حنيفة لأن جميع الدار بيت .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وان حلف لا يأكل هذه الحنطة فجعلها دقيقا ، أو لا يأكل هذا الدقيق فجعله عجينا ، أو لا يأكل هذا العجين فجعله خبزاً لم يحنث بأكله

وقال أبو العباس يحنث لأن اليمين تعلقت بعينه فتعلق الحنث بها ، وان زال الاسم ، كما لو حلف لا يأكل هذا الحمل فذبحه وأكله ، والمذهب الأول ، لأنه علق اليمين على العين والاسم ثم لا يحنث بغير العين ، فكذلك لا يحنث بغير الاسم ويخالف الحمل لأنه لا يمكن أكله حيا ، والحنطة يمكن أكلها حبا ، ولأن الحمل ممنوع من أكله فى حال الحياة من غير يمين فلم يدخل فى اليمين ، والحنطة غير ممنوع من أكلها فتعلق بها اليمين .

وان حلف لا يأكل هذا الرطب فأكله وهو تمر ، أو لا يأكل هذا الحمل فأكله وهو كبش ، أو لا يكلم هذا الصبى فكلمه وهو شيخ ، ففيه وجهان

(أحدهما) وهو قول أبي علي بن أبي هريرة إنه لا يحنث كما لا يحنث في الحنطة إذا صارت دقيقاً فأكله .

(والثاني) أنه يحنث لأن الانتقال حدث فيه من غير صنعة ، وفي الحنطة الانتقال حدث فيها بصنعة ، وهذا لا يصح لأنه يبطل به إذا حلف لا يأكل هذا البيض فصار فرخا ، أو لا يأكل هذا الحب فصار زرعا فإنه لا يحنث . وإن كان الانتقال حدث فيه من غير صنعة

وإن حلف لا يشرب هذا العصير فصار خمراً ، أو لا يشرب هذا الخمر فصار خلا فشربه لم يحنث كما قلنا في الحنطة إذا صارت دقيقاً . وإن حلف لا يلبس هذا الغزل فنسج منه ثوباً حنث بلبسه ، لأن الغزل لا يلبس إلا منسوجا فصار كما لو حلف لا يأكل هذا الحيوان فذبحه وأكله .

﴿ فصل ﴾ وإن حلف لا يشرب هذا السويق فاستفه ، أو لا يأكل هذا الخبز فدقه وشربه أو ابتلعه من غير مضغ لم يحنث ، لأن الأفعال أجناس مختلفة كالأعيان ، ثم لو حلف على جنس من الاعيان لم يحنث بجنس آخر ، فكذلك إذا حلف على جنس من الافعال لم يحنث بجنس آخر

وإن حلف لا يذوق هذا الطعام فذاقه ولفظه ففيه وجهان . أحدهما لا يحنث لأنه لا يوجد حقيقة الذوق ما لم يزدرده ، ولهذا لا يبطل به الصوم . والثاني أنه يحنث لأن الذوق معرفة الطعم وذلك يحصل من غير ازدراد ، وإن حلف لا يذوقه فأكله أو شربه حنث لأنه قد ذاق وزاد عليه . وإن حلف لا يأكل ولا يشرب ولا يذوق فأوجر في حلقه حتى وصل الى جوفه لم يحنث ، لأنه لم يأكل ولم يشرب ولم يذق .

وان قال : والله لا طعمت هذا الطعام فأوجر في حلقه حنث ، لان معناه لا جعلته لي طعاما وقد جعله طعاماً له .

(الشرح) ان حلف على شيء بعينه وصفته فتغيرت صفته تبعاً لتغير هيئته كمن حلف لا يأكل هذه الحنطة فطحنها دقيقا ، فإنها سميت دقيقا ، أو حلف لا يأكل هذا الدقيق فعجنه عجينا ، أو لا يأكل هذا العجين فجعله في التنور خبزاً .

كل هذه الصور لم يحنث بأكلها ، لان اليمين تعلقت على العين والصفة ، فكما أنه لا يحنث بغير العين فكذلك لا يحنث بغير الصفة .

وقال أبو العباس بن سريج : يحنث لان اليمين تنعقد على العين والعين باقية وزوال الصفة لا يؤثر في جوهرها ، كما لو حلف لا يأكل هذا الحمل فذبحه وأكله فإنه يحنث ، والى هذا ذهب أحمد وأبو يوسف ومحمد بن الحسن ، والمذهب الاول لما قررنا من اجتماع العين والاسم ، ويفارق الحمل لان أكله حيا ممنوع بالشرع وممنوع بالعرف بغير يمين

(فرع) « وان حلف لا يأكل هذا الرطب الخ » اذا تغيرت حقيقة الشيء بصنعة فلا يتعلق الحنث به . أما اذا تغير بغير صنعة كمن حلف لا يأكل الرطب فأكله تمراً ، أو لا يأكل هذا الحمل فأكله كبشا أو لا يكلم هذا الصبي فكلمه شيخا ففيه وجهان . ذهب أبو علي بن أبي هريرة الى أنه لا يحنث كما قلنا في الحنطة صارت دقيقا (والثاني) أنه يحنث لما ذكره المصنف . وذهب أصحاب الرأي وأحمد بن حنبل الى أنه لا يحنث ، لانه اذا لم يعين المحلوف عليه ولم ينو بيمينه ما يخالف ظاهر اللفظ ولا صرفه السبب عنه تعلقت يمينه بما تناوله الاسم الذي علق عليه يمينه ولم يتجاوزه ، فإذا حلف لا يأكل رطبا لم يحنث اذا أكل تمراً ولا بسراً ولا بلحا ولا سائر مالا يسمى رطبا ؛ وهذا في قول أكثر الفقهاء . وقال ابن قدامة ولا نعلم فيه خلافا .

ولو حلف لا يأكل عنبا فأكل زبيبا أو دبسا أو خلا أو ناطفا أو لا يكلم شابا فكلم شيخا ، أو لا يشتري جديا فاشترى تيسا ، أو لا يضرب عبداً فضرب عتيقا لم يحنث بغير خلاف لان اليمين تعلقت بالصفة دون العين ولم توجد الصفة فجرى مجرى قوله : لا أكلت هذه التمرة فأكل غيرها .

(فرع) فإن حلف لا يأكل رطبا فأكل منصفا — وهو الذي بعضه بسر وبعضه تمر — أو مذنبا — وهو الذي بدأ الارطاب فيه من ذنبه وباقيه بسر — أو حلف لا يأكل بسرا فأكل مذنبا ففيه وجهان .

(أحدهما) وهو الاظهر أنه يحنث ، لانه أكل رطبا وبسرا فحنث ، كما لو أكل نصف رطبة ونصف بسرة منفردتين . وبهذا قال أبو حنيفة وأحمد ومحمد

ابن الحسن (والثـــانى) لا يحنث ، لأنه لا يسمى رطباً ولا تمراً ، وهو قول أبى يوسف وبعض أصحابنا

(مسألة) قوله « فاستفه » من سففت الدواء وغيره من كل يابس إذا أخذته غير ملتوت ، وكل دواء غير مذاب أو معجون فهو سفوف . والازدراء الالتقام والبلع من غير مضغ ولا لوك .

أما جملة الفصل أن من حلف لا يأكل شيئا فشربه أو لا يشربه فأكله أو سفه فإنه لا يحنث ، وبه قال أبو ثور وأصحاب الرأى ، لأن الأفعال أنواع كالأعيان . وكما لو حلف على نوع من الأعيان لم يحنث بغيره فكذلك الأفعال ، وهى إحدى الروايتين عن أحمد رواها عنه مهنا فيمن حلف لا يشرب النبيذ فأكله لا يحنث لانه لا يسمى شرباً

وفى رواية الخرقى أنه يحنث ، لأن اليمين على أكل شىء أو شربه يقصد بها فى العرف اجتناب ذلك الشىء فحملت اليمين عليه إلا أن ينوى . ولو قال طبيب لمريض لا تأكل العسل لكان نهياً عن شربه

وإن حلف لا يشرب شيئا فمصه ورمى به لا يحنث ، وقد روى عن أحمد فيمن حلف لا يشرب فمص قصب السكر لا يحنث . وهذا قول أصحاب الرأى ، فإنهم قالوا إذا حلف لا يشرب فمص حب الرمان ورمى بالتفل لا يحنث ، لأن ذلك ليس بأكل ولا شرب ، ويجىء على قول الخرقى أنه يحنث لانه قد تناوله ووصل إلى بطنه وحلقه فإنه يحنث على ما قالوا فيمن حلف لا يأكل شيئا فشربه أو لا يشربه فأكله . فإن حلف لا يأكل سكراً فى فيه حتى ذاب فابتلعه فإنه لا يحنث ويتخرج عند أحمد وأصحابه على الروايتين ، فإن حلف لا يأكله أو لا يشربه فذاقه لم يحنث فى قولهم جميعا ، وإن حلف لا يذوقه فذاقه ولفظه فعلى وجهين

(أحدهما) لا يحنث ، لأن التذوق لا يتحقق إلا بالازدراد ، ولهذا لم يبطل الصوم به إلا إذا ازدرده (والثانى) يحنث ، وبه قال أحمد

(فرع) إذا حلف لا يذوقه ، فأكله أو شربه أو سفه حنث فى قولهم جميعا لأنه ذوق وزيادة . وإن مضغه ورمى به فعلى ماأسلفنا من الوجهين . وإن حلف لا يأكل ولا يشرب ولا يذوق فأوجر — والوجور بفتح الواو وزان رسول

الدواء يصب فى الحلق؛ وأوجرت المريض إيجارا فعلت به ذلك ، ووجرته أجره من باب وعد لغة ، فإن وجره بنحو منقطة أو قطارة فإنه لم يحنث لأنه لم يفعل شيئا مما حلف عليه .

فإن قال لا طعمت هذا الطعام فأوجره أو سعطه أو شربه أو ازدرده أو التقمه حنث لأن ذلك كله يسمى طعاما ، وقد سمى النبى صلى الله عليه وسلم اللبن طعاما فى حديث « إنما يخزن لهم ضروع مواشيهم أطعمتهم »

وفى الماء وجهان (أحدهما) هو طعام لقوله تعالى « ان الله مبتليكم بنهر فمن شرب منه فليس منى ومن لم يطعمه فإنه منى »

(والثانى) ليس بطعام لأنه لا يسمى طعاما ولا يفهم من اطلاق اسم الطعام ولهذا يعطف عليه فيقال طعام وشراب . وحديث ابن ماجه يقول صلى الله عليه « لا أعلم مايجزى من الطعام والشراب الا اللبن » ويقال باب الاطعمة والاشربة

(فرع) اذا أكل دواء فالمذهب أنه يحنث لانه يطعم حال الاختيار ، وهو أحد الوجهين عند الحنابلة ، والثانى لايحنث لأنه لا يدخل فى اطلاق اسم الطعام ولا يؤكل الا عند الضرورة ، فإن أكل من نبات الارض ما جرت العادة بأكله حنث بأكله .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وان حلف لا يأكل اللحم حنث بأكل لحم كل ما يؤكل لحمه من النعم والوحش والطير ، لأن اسم اللحم يطلق على الجميع ، ولا يحنث بأكل السمك لانه لا يطلق عليه اسم اللحم ، وهل يحنث بأكل لحم ما لا يؤكل لحمه ؟ فيه وجهان

(أحدهما) يحنث لانه يطلق عليه اسم اللحم وان لم يحل ، كما أطلق على اللحم المغصوب وان لم يحل

(والثانى) لا يحنث لأن القصد باليمين أن يمنع نفسه مما يستبيحه ، ولحم ما لا يؤكل لحمه ممنوع من أكله من غير يمين ، فلم يدخل فى اليمين ، وان حلف لا يأكل اللحم فأكل الشحم لم يحنث ، وان حلف لا يأكل الشحم فأكل اللحم لم يحنث لأنهما جنسان مختلفان فى الاسم والصفة ، وان حلف على اللحم فأكل سمين الظهر

والجنب وما يعلو اللحم ويتخلله من البياض حنث لأنه لحم سمين ، وإن حلف على الشحم فأكل ذلك لم يحنث لأنه ليس بشحم . وان حلف على اللحم أو الشحم فأكل الكبد أو الطحال أو الرئة أو الكرش أو المخ لم يحنث لأنه مخالف للحم والشحم فى الاسم والصفة .

وإن حلف على اللحم فأكل لحم الخد أو لحم الرأس أو اللسان ففيه وجهان أحدهما يحنث لأنه لحم ، والثانى لا يحنث لأن اللحم لا يطلق إلا على لحم البدن واختلف أصحابنا فى الالية ، فمنهم من قال هو شحم يحنث به فى اليمين على الشحم ولا يحنث به فى اليمين على اللحم لأنه يشبه الشحم فى بياضه ويذوب كما يذوب الشحم ، ومنهم من قال هو لحم فيحنث به فى اليمين على اللحم ولا يحنث به فى اليمين على الشحم لأنه نابت فى اللحم ويشبهه فى الصلابة . ومنهم من قال ليس بلحم ولا شحم ولا يحنث به فى اليمين على واحد منهما ، لأنه مخالف للجميع فى الاسم والصفة فصار كالكبد والطحال

وإن حلف على اللحم فأكل شحم العين لم يحنث لأنه مخالف للحم فى الاسم والصفة ، وان حلف على الشحم فأكله ففيه وجهان

أحدهما يحنث به بدخوله فى اسم الشحم ، والثانى لا يحنث به لأنه لا يدخل فى إطلاق اسمه ، كما لا يدخل لحم السمك فى إطلاق اليمين على اللحم ، ولا التمر الهندى فى اليمين على التمر .

(الشرح) قوله « كل ما يؤكل لحمه من النعم والوحش والطير » احترز به عما لا يؤكل لحمه ككل ذى ناب من السباع وكل ذى مخلب من الطير والخنزير والميتة. وجملة ذلك أن الحالف على ترك أكل اللحم لا يحنث بأكل ما ليس بلحم من الشحم والمخ ، وهو الذى فى العظام ، والدماغ وهو الذى فى الرأس فى قحفه ولا الكبد والطحال والرئة والقلب والكرش والمصران والقانصة ونحوها ، وبهذا قال أحمد

وقال أبو حنيفة ومالك : يحنث بأكل هذا كله لأنه لحم حقيقة ، ويتخذ منه ما يتخذ من اللحم فأشبه لحم الفخذ

دليلنا أنه لا يسمى لحماً وينفرد عنه باسمه وصفته ، ولو أمر وكيله بشراء لحم

فاشترى هذا لم يكن ممتثلا لأمره ولا ينفذ الشراء للموكل ، وقد سألت القصاب يوما هل عندك لحم ؟ فقال لا ، عندى حوائج — يعنى الكبد والقلب والكلية — وقد دل على أن الكبد والطحال ليستا بلحم قوله صلى الله عليه وسلم «أحلت لكم ميتتان ودمان ، أما الدمان فالكبد والطحال ، ولا نسلم أنه لحم حقيقة ، بل هو من الحيوان مع اللحم كالعظم والدم

فإذا ثبت هذا فإنه اذا حلف ألا يأكل لحماً فأكل من لحم الانعام أو الصيد أو الطائر من مأكولة اللحم فإنه يحنث فى قول علماء الامصار . وأما السمك فإنه لا يحنث بأكله ، وبه قال أبو حنيفة وأبو ثور ، والظاهر من مذهب أحمد ومالك وأبى يوسف وأبى ثور وقتادة أنه يحنث

وقال ابن أبى موسى فى الارشاد لا يحنث به الا أن ينويه

ودليلهم قوله تعالى «الله الذى سخر لكم البحر لتأكلوا منه لحماً طرياً» وقال «ومن كل تأكلون لحماً طرياً» ، ولأنه من جسم حيوان ويسمى لحماً

ودليلنا أنه لا ينصرف اليه اطلاق اسم اللحم ، ولو وكل وكيلا فى شراء اللحم فاشترى سمكا لم يلزمه ، ثم إنه يصح أن ينفى عنه اسم اللحم عرفا واستعمالا فتقول ما أكلت لحماً وانما أكلت سمكا ، فلم يتعلق به الحنث عند الاطلاق ، كما لو حلف لا قعدت تحت سقف ، فإنه لا يحنث تحت السماء ، مع أن الله تعالى سماها سقفاً فقال «وجعلنا السماء سقفا محفوظا» فإطلاق اسم اللحم على لحم السمك مجاز فى القرآن واليمين إنما ينصرف الى الحقيقة

(فرع) أما فى غير مأكول اللحم كالميتة والخنزير والمغصوب فهل يحنث بأكل لحمه ؟ وجهان عندنا

(الاول) لا يحنث بأكل المحرم بأصله لأن يمينه تنصرف إلى ما يحل لا إلى ما يحرم فلم يحنث بما لا يحل ، كما لو حلف لا يبيع فباع بيعاً فاسداً لم يحنث

(والثانى) وبه قال أحمد وأبو حنيفة يحنث ، لأن الله تعالى سماه لحما فقال «ولحم الخنزير» ، ولأنه لو حلف أن لا يلبس ثوباً فلبس ثوب حرير حنث ، وأما البيع الفاسد فلا يحنث به لأنه ليس بيعا فى الحقيقة

(فرع) ان حلف أن لا يأكل اللحم فأكل الشحم لم يحنث ، وبه قال أحمد . وقال

أبو حنيفة ومالك يحنث . دليلنا أنه لا يسمى لحماً وينفرد عنه باسمه وصفته ، ولو أمر وكيله بشراء لحم ، فاشترى شحما لم يكن ممتثلا لأمره ولا ينفذ الشراء للموكل فلم يحنث بأكله كالبقل

فإذا حلف لا يأكل شحما فأكل لحماً لم يحنث قولا واحداً لأنهما جنسان مختلفان اسما وصفة . وبهذا قال أبو حنيفة . وقال أحمد وأبو يوسف ومحمد بن الحسن : إذا حلف لا يأكل شحما فأكل لحما حنث لأن اللحم لايخلو من شحم ، ولا يكاد اللحم يخلو من شيء منه وإن قل فيحنث به . وذهب بعض أصحاب أحمد إلى مخالفة الخرقى إلى أنه لا يحنث . قال ابن قدامة وهو الصحيح ، لأنه لا يسمى شحما ولا يظهر فيه طعمه ولا لونه ، والذى يظهر فى المرق قد فارق اللحم فلا يحنث بأكل اللحم الذى كان فيه .

(فرع) إذا حلف على اللحم فأكل لحم الخد أو لحم الرأس أو اللسان فوجهان (أحدهما) يحنث لأنه لحم حقيقة — وبه قال أحمد فى لحم الخد — وحكى عن أبى موسى من أصحاب أحمد أنه لا يحنث إلا أن ينويه باليمين . وقال أصحاب أحمد فى اللسان وجهان كالوجهين عندنا

وفى لحم الرأس والأكارع روى عن أحمد ما يدل على أنه لا يحنث ، لأن من حلف لا يشترى لحما فاشترى رأسا أو كارعا لا يحنث إلا أن ينوى أن لا يشترى من الشاة شيئا ، لأن إطلاق اسم اللحم لا يتناول الرءوس والاكارع ، ولو وكله فى شراء لحم فاشترى رأسا أو كارعا لم يلزمه

والوجه الثانى لا يحنث لما ذكره المصنف ، واختلف أصحابنا فى الإلية ، فمنهم من جعلها من الشحم ، فلو حلف على الشحم فأكلها حنث ، لأنها تشبه الشحم فى ذوبها وشكلها ، فلو حلف لا يأكل لحما فأكلها لم يحنث . وممن قال هى شحم أبو يوسف ومحمد . ومن أصحابنا من قال هو لحم لأنها نابتة فى اللحم وتشبهه فى الصلابة . قال ابن قدامة وليس بصحيح لأنها لا تسمى لحما ولا يقصد بها ما يقصد به ، وتخالفه فى اللون والذوب والطعم فلم يحنث بأكلها كشحم البطن .

(فرع) كل ما كان مقيداً بالنعت أو بالإضافة لا ينصرف اليه اليمين إذا أطلق كمن حلف لا يأكل تمراً فإنه لا يتناول التمر الهندى أو الشحم فلا يتناول الشحم

المعدنى الذى تشحم به محركات السيارات والطيارات ، وإنما يتناول الشحم الحيوانى ويحتمل أن لا يحنث إلا بأكله لأن الحقيقة العرفية فى عصرنا حصرت اسم الشحم على ما كان معدنيا ، ولا يقال للأدهان المأكولة شحم لا بين العوام ولا غيرهم من الخواص .

قال المصنف رحمه الله تعالى

﴿ فصل ﴾ وان حلف لا يأكل الرءوس ولم يكن له نية حنث برءوس الإبل والبقر والغنم ، لأنها تباع مفردة وتؤكل مفردة عن الابدان ، ولا يحنث برءوس الطير فإنها لا تباع مفردة ولا تؤكل منفردة ، فإن كان فى بلد يباع فيه رءوس الصيد ورءوس السمك منفردة حنث بأكلها ، لأنها تباع منفردة فهى كرءوس الابل والبقر والغنم . وهل يحنث بأكلها فى سائر البلاد ؟ فيه وجهان

(أحدهما) لا يحنث لأنه لا يطلق عليها اسم الرءوس إلا فى البلد الذى يباع فيه ويعتاد أكله .

(والثانى) يحنث بها ، لأن ما ثبت له العرف فى مكان وقع الحنث به فى كل مكان كخبز الارز .

(فصل) وان حلف لا يأكل البيض حنث بأكل كل بيض يزايل بائضه فى الحياة ، كبيض الدجاجة والحمامة والنعامة ، لأنه يؤكل منفرداً ويباع منفرداً ، فيدخل فى مطلق اليمين ، ولا يحنث بما لا يزايل بائضه كبيض السمك والجراد ، لأنه لا يباع منفرداً ولا يؤكل منفرداً ، فلم يدخل فى مطلق اليمين

(الشرح) إذا حلف لا يأكل الرءوس ، والمحلوف عليه هنا عام يتناول أنواعا منها ما جرى العرف ببيعه منفصلا عن البدن ، كرءوس الضأن والمعز والبقر ؛ ومنها ما لا ينفصل عن البدن ولا يباع واحده كرءوس الدجاج والحمام والارانب لم يحنث الا فيما تنفصل عن أبدانها وتعرض للبيع وهى بهيمة الانعام دون غيرها وقال أبو حنيفة « لا يحنث بأكل رءوس الابل لان العادة لم تجر ببيعها منفردة » وقال محمد وأبو يوسف لا يحنث الا بأكل رءوس الغنم لأنها التى تباع فى الاسواق — أى على عهدهما — دون غيرها فيمينه تنصرف اليها

وقال أحمد بن حنبل: يحنث بأكل رأس كل حيوان من النعم والصيود والطيور والحيتان والجراد . ووجهه أن هذه الرءوس حقيقة عرفية مأكولة فحنث بأكلها كما لو حلف لا يأكل لحماً فأكل من لحم النعام والزرافة وما يندر وجوده وبيعه . وعندنا أنها لو صارت حقيقة عرفية وكان الحالف فى بلد تباع فيه رءوس الصيود أو الاسماك منفردة حنث بأكلها .

وفى سريان الحنث على أكلها فى بلد آخر وجهان (أحدهما) لا يحنث لأن الحقيقة العرفية فى إطلاق اسم الرءوس وبيعها لا توجد إلا فى البلد الذى تباع فيه الرءوس ويعتاد أكلها (والثانى) يحنث لأن ما ثبت به فى بلد يقع به الحنث فى كل مكان آخر كخبز الارز الذى لا يصنع إلا فى طبرستان ، وقد مضى توضيحه (فرع) إذا حلف لا يأكل البيض وقلنا ان البيض نوعان . نوع يزايل بائضه فى الحياة كبيض الدجاج والحمام والنعام ، والآخر لا يزايل بائضه كبيض السمك والجراد ، فإن الحنث لا يتعلق إلا بالنوع الأول ، لأنه يؤكل منفرداً ويباع منفرداً ، سواء كثر وجوده كبيض الدجاج أو قل وجوده كبيض النعام ، وبهذا قال أحمد ، وقال أصحاب الرأى لا يحنث بأكل بيض النعام . وقال أبو ثور لا يحنث إلا بأكل بيض الدجاج وما يباع فى السوق

ولنا أن هـذا كله بيض حقيقة وعرفاً وهو مأكول فيحنث بأكله كبيض الدجاج ، ولأنه لو حلف لا يشرب ماء فشرب ماء البحر حنث أو ماء نجساً . أو لا يأكل خبزاً فأكل خبز الارز أو الذرة أو البتاو ، وهو خبز أهل الصعيد ، ويصنع من الذرة الصفراء أو القيظى مع قليل من الحلبة ، وهو يختلف عن خبز المدن ، فإذا حلف أن لا يأكل خبزاً فأكل البتاو فى مكان لم يعتد فيه أكله حنث لأنه خبز ولا فرق بينه وبين الفينو

وأما أكل بيض السمك أو الجراد فكما تقرر لا يحنث إلا بأكل بيض يزايل بائضه فى الحياة ، وبهذا قال أبو ثور وأصحاب الرأى وأبو الخطاب من الحنابلة وأكثر العلماء ، لأن هذا لا يفهم من إطلاق اسم البيض ، ولا يذكر إلا مضافا إلى بائضه ، ولا يحنث بأكل شيء يسمى بيضا غير بيض الحيوان ولا بأكل شيء يسمى رأساً غير رءوس الانعام إلا فيما فيه الاوجه المذكورة آنفا

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وإن حلف لا يأكل اللبن حنث بأكل لبن الانعام ولبن الصيد ، لان اسم اللبن يطلق على الجميع ، وان كان فيه ما يقل أكله لتقذره ، كما يحنث فى اليمين على اللحم بأكل لحم الجميع ، وإن كان فيه ما يقل أكله لتقذره ، ويحنث بالحليب والرائب وما جمد منه ، لأن الجميع لبن ، ولا يحنث بأكل الجبن واللور واللبا والزبد والسمن والمصل والاقط

وقال أبو على بن أبى هريرة : إذا حلف على اللبن حنث بكل ما يتخذ منه . لأنه من اللبن والمذهب الاول ، لأنه لا يطلق عليه اسم اللبن فلم يحنث به ، وان كان منه . كما لو حلف لا يأكل الرطب فأكل التمر . أو لا يأكل السمسم فأكل الشيرج فإنه لا يحنث . وإن كان التمر من الرطب والشيرج من السمسم

(فصل) وإن حلف لا يأكل السمن فأكله مع الخبز أو أكله فى العصيدة وهو ظاهر فيها حنث . وان حلف لا يأكل اللبن فأكله فى طبيخ وهو ظاهر فيه أو حلف لا يأكل الخل فأكله فى طبيخ وهو ظاهر فيه حنث .

وقال أبو سعيد الاصطخرى « اذا أكله مع غيره لم يحنث لأنه لم يفرده بالاكل فلم يحنث . كما لو حلف لا يأكل طعاما اشتراه زيد فأكل طعاماً اشتراه زيد وعمرو والمذهب الاول لأنه فعل المحلوف عليه وأضاف اليه غيره فحنث . كما لو حلف لا يدخل على زيد فدخل على جماعة وهو فيهم

(الشرح) الحليب فعيل بمعنى مفعول ، والحلب بفتحتين يطلق على المصدر كالفتح فالسكون . وعلى اللبن المحلوب . فيقال لبن حلب ولبن حليب . وهو أول ما يخرج عند الحلب . والرائب اسم فاعل من راب يروب روْباً إذا خثر والرُّوبة بالضم خميرة تلقى فى اللبن ليروب ويثخن . والجبن معروف يعقد من اللبن بالانفحة واللور بضم اللام هو الجبن يؤكل قبل أن يشتد وهو مرحلة بعد وضع الانفحة فى اللبن وقبل أن يصير جبنا . وكانت العرب تأتدم به وتأكله مع التمر . ويعمل من الحليب الذى يكون بعد اللبا . واللبا مقصور ومهموز هو لبن البهيمة عند

أول ما تنتج يترك على النار فينعقد ، ويسمونه فى ديارنا المصرية (السرسوب) والمصل فهو الذى يسمونه فى ديارنا (الشرش) وهو ماء الجبن فإذا تعتق قيل له (المش) والأقط اللبن المجفف ، وقد يغلى ماء الجبن مع الاقط ثم يصفى ثم يعصر فيوضع على الخريطة شيء ثقيل حتى يذهب ما فيه من الماء ثم يملح بالملح ثم يجعل أقراصا أو حلقاً .

قال ابن بطال « والشيراز هو أن يؤخذ اللبن الخاثر ، وهو الرائب فيجعل فى كيس حتى ينزل ماؤه ويضرب » هذا الذى قصده صاحب الكتاب . ثم قال وقد يعمل الشيراز أيضا بأن يترك الرائب فى وعاء ويوضع فوقه الأبازير وشيء من الحرمات ثم يؤكل ويترك فوقه كل يوم لبن حليب . اه

أما الاحكام فإنه لو حلف لا يأكل لبناً ، فأكل من لبن الانعام أو الصيود أو لبن آدمية حنث ، لأن اسم اللبن يتناوله حقيقة وعرفاً ، وسواء كان حليباً أو رائباً أو مائعاً أو مجمداً ، لأن الجميع لبن . وإن كان فيه ما يقل أكله لعـــدم استساغته أو تقذره ، كما لو حلف على اللحم حنث بأكل أى لحم مما مضى تفصيله وإن كان فيه ما يستقذر ، ولا يحنث بأكل الجبن والسمن والمصـــل والأقط والكشك ، وبهذا قال العلماء كافة .

وقال أبو على بن أبى هريرة « إذا حلف على اللبن حنث بكل ما يتخذ منه لأنه من اللبن — وليس بمذهب — والمذهب أنه لا يحنث لأنه لا يطلق عليه اسم اللبن ، وإن كان منه كالرطب والتمر والسمسم والشيرج

(فرع) وإن حلف لا يأكل السمن فأكله مع الخبز أو أكله فى العصيدة وكان السمن ظاهراً فيها حنث ، والعصيدة من قولك عصدت الشيء عصداً إذا لويته . قال الجوهرى والعصيدة التى تعصدها بالمسواط فتمرها به فتنقلب ولا يبقى فى الإناء منها شيء إلا انقلب . وفى حديث خولة فقربت له عصيدة — هو دقيق يلت بالسمن ويطبخ — يقال عصدت العصيدة وأعصدتها ، أى اتخذتها ، وعصد البعير عنقه لواه نحو حاركه للموت يعصده عصوداً فهو عاصد ، وكذلك الرجل ، يقال عصد فلان يعصد عصوداً مات . وأنشد شمر

« على الرحل مما منه السير عاصد »

وقال الليث « العاصد ههنا الذى يعصد العصيدة ، أى يديرها ويقلبها بالمعصدة شبه الناعس به لخفقان رأسه .

وقال أحمد « ان حلف لا يأكل زبداً فأكل سمنا أو لبنا لم يظهر فيه الزبد لم يحنث ، وان كان الزبد ظاهراً فيه حنث . اه

وإن حلف لا يأكل سمنا فأكل زبدا أو لبنا أو شيئا مما يصنع من اللبن سوى السمن لم يحنث ، وإن أكل السمن منفرداً أو فى عصيدة أو حلواء أو طبيخ فظهر فيه طعمه حنث ، ولذلك اذا حلف لا يأكل لبنا فأكل طبيخا فيه لبن ، أو لا يأكل خلا فأكل (سلطة) فيها خل يظهر طعمه فيه حنث . وبهذا قال أحمد وأصحابه . وقال بعض أصحابنا لا يحنث لأنه لم يفرده بالأكل ، وهذا لا يصح لأنه أكل المحلوف عليه وأضاف اليه غيره فحنث ، كما لو أكله ثم أكل غيره

قال المصنف رحمه الله تعالى

﴿ فصل ﴾ وإن حلف لا يأكل أدماً فأكل اللحم حنث لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « سيد الإدام اللحم » ولأنه يؤتدم به فى العادة فحنث به كالخل والمرى ، فإن أكل التمر ففيه وجهان (أحدهما) لا يحنث لأنه لا يؤتدم به فى العادة ، وإنما يؤكل قوتا أو حلاوة (والثانى) أنه يحنث به لأن النبى صلى الله عليه وسلم « أعطى سائلا خبزا وتمرا وقال هذا أدم هذا »

﴿ فصل ﴾ وان حلف لا يأكل الفاكهة فأكل الرطب أو العنب أو الرمان أو الاترنج أو التوت أو النبق حنث ، لأنها ثمار أشجار فحنث بها ، كالتفاح والسفرجل ؛ وإن أكل البطيخ أو الموز حنث ، لأنه يتفكه به كما يتفكه بثمار الاشجار . وإن أكل الخيار أو القثاء لم يحنث لأنهما من الخضراوات

﴿ فصل ﴾ وان حلف لا يأكل بسرا ولا رطبا فأكل منصفا حنث فى اليمين لأنه أكل البسر والرطب ، وان حلف لا يأكل بسرة ولا رطبة فأكل منصفا لم يحنث لأنه لم يأكل بسرة ولا رطبة

﴿ فصل ﴾ وإن حلف لا يأكل قوتا فأكل التمر أو الزبيب أو اللحم وهو

بمن يقتات ذلك حنث ، وهل يحنث به غيره ؟ على ما ذكرناه من الوجهين فى بيوت الشعر ورءوس الصيد .

(الشرح) حديث « سيد الإدام اللحم » هو من حديث أخرجه الطبرانى فى الأوسط وأبونعيم فى الطب والبيهقى فى الشعب عن بريدة ولفظه « سيد الإدام فى الدنيا والآخرة اللحم ، وسيد الشراب فى الدنيا والآخرة الماء ، وسيد الرياحين فى الدنيا والآخرة الفاغية » ضعفه السيوطى وقال حسن لغيره . قلت ولعله يريد بغيره حديث « سيد طعام أهل الجنة اللحم » رواه بن حبان عن أبى الدرداء مرفوعا . قال الشوكانى(١) فى إسناده سليمان بن عطاء يروى الموضوعات عن شيخه مسلمة بن عبد الله الجهنى .

وقال ابن حجر : لم يتبين لى الحكم على هذا المتن بالوضع ، وأن مسلمة غير مجروح وسليمان بن عطاء ضعيف . قال فى التعليق : رواه سليمان عن مسلمة عن أبى مشجعة عن أبى الدرداء ، وأبو مشجعة ومسلمة لم يجرحا ولم يوثقا فهما مجهولا الحال ، وسليمان قال البخارى فى حديثه مناكير . وقال أبو زرعة منكر الحديث وقال ابن حبان « يروى عن مسلمة بن عبد الله الجهنى عن عمه أبى مشجعة بن ربعى أشياء موضوعة لا تشبه حديث الثقات » اه . . ورواه العقيلى من حديث ربيعة بن كعب مرفوعا « أفضل طعام الدنيا والآخرة اللحم » وقال هذا حديث غير محفوظ . وقال ابن حبان : عمرو بن بكر المذكور فى إسناده يروى عن الثقات الطامات .

ورواية البيهقى فى الشعب عن عبد الله بن بريدة عن أبيه من طريق أحمد بن منيع ، ثنا العباس بن بكار ثنا أبو هلال الراسبى عن عبد الله بن بريدة عن أبيه رفعه . قال السيوطى فى اللآلىء ، قال البيهقى ورواه جماعة عن أبى هلال الراسبى تفرد به أبو هلال ثم قال السيوطى : وهو من رجال الأربعة ووثقه أبو داود . قال العلامة المعلمى : أقول إذا كان رواه جماعة عن أبى هلال فالظاهر أن يسوق البيهقى الطرق . وهذه الطريق التى ساقها ساقطة البتة ، فإن العباس بن بكار

---

(١) الفوائد المجموعة بتعليق العلامة المحدث عبد الرحمن المعلمى

كذاب يضع . وإذا كانت هذه أقوى الطرق فما ظنك بالباقى ؟ وقد أخرجه الطبرانى فى الأوسط ثنا محمد بن شعيب ثنا سعيد بن عتبة القطان ثنا أبو عبيدة الحداد ثنا أبو هلال — فذكره ثم قال — ولم يروه عن ابن بريدة إلا أبو هلال ولا عنه إلا أبو عبيدة تفرد به سعيد .

وقال فى مجمع الزوائد (٥ — ٣٥) فيه سعيد بن عبية (كذا) القطان ولم أعرفه . أقول أحسبه سعيد بن عنبسة الرازى الخزاز فإنه يروى عن أبى عبيدة الحداد ، ولعله كان يبيع القطن مع الخزفقال الراوىعنه القطان . ومحمدبنشعيب ليس هو بن سابور ، فإن الطبرانى لم يدركه . فينظر من هو ؟ وسعيد بن عنبسة كذاب . أما رواية أنس عند البيهقى أيضا فهى من طريق هشام بن سلمان عن يزيد الرقاشى ، وهشام . قال ابن عدى أحاديثه عن يزيد غير محفوظة ، ويزيد ليس بشىء . ورواية أبى نعيم إنما هى من حديث على رضى الله عنه ، وهى من نسخة عبد الله بن أحمد بن عامر الموضوعة . وقال الشوكانى وليس فى شىء من هذه الطرق ما يوجب الحكم بالوضع .

أما حديث « هذا أدم هذا » أخرجه أبو داود عن يوسف عن عبد الله بن سلام قال « رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم وضع تمرة على كسرة وقال هذه إدام هذه ، وذكره الإمام أحمد فى مسنده

والمرى بتشديد الراء والياء وكأنه منسوب الى المرارة ، قال ابن بطال والعامة تخففه وصفته أن يؤخذ الشعير فيقلى ثم يطحن ويعجن ويخمر ثم يخلط بالماء فيستخرج منه خل يضرب لونه الى الحمرة يؤتدم به ويطبخ به ، والاترنج والاترج والاترجة والترنجة والترنج

قال فى القاموس « حامضه مسكن غلمة النساء ويجلو اللون والكلف . وقشره فى الثياب يمنع السوس اه

وقد ثبت فى الصحيح عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « مثل المؤمن الذى يقرأ القرآن كمثل الاترجة طعمها طيب وريحها طيب » والتوت شجر معروف يعلف به دود القز له ثمر أحمر ، والنبق ثمار السدر ، وفى الحديث فى سدرة

المنتهى « نبقها مثل قلال هجر » والريحان الفارسى ويسميه عوام اليمن الشقر والبنفسج والياسمين معروفان

أما الأحكام فإنه إن حلف لا يأكل أدماً حنث بأكل كل ما جرت العادة بأكل الخبز به لأن هذا معنى التأدم ، وسواء فى هذا ما يصطبغ كالطبيخ والمرق والخل والزيت والسمن والشيرج واللبن قال تعالى فى الزيت «تنبت بالدهن وصبغ للآكلين » وقال صلى الله عليه وسلم « نعم الإدام الخل » وقال « ائتدموا بالزيت وادهنوا به فإنه من شجرة مباركة» أخرجه ابن ماجه ؛ أو من الجامدات كالشواء والجبن والباقلاء والزيتون والبيض . وبهذا قال أحمد وأبو ثور

وقال أبو حنيفة : ما لا يصطبغ به فليس بأدم ، لأن كل واحد منهما يرفع إلى الفم منفرداً . دليلنا ماروى عن النبى صلى الله عليه وسلم « سيد الإدام اللحم» وقال « سيد الادام الملح » رواه ابن ماجه ، لأنه يؤكل به الخبز عادة ، فكان أدماً كالذى يصطبغ به ، ولأن كثيراً مما ذكرنا لا يؤكل فى العادة وحده إنما يعد للتأدم به وأكل الخبز به فكان أدماً كالخل واللبن . وقول أبى حنيفة انه يرفع الى الفم وحده مفرداً ، يجاب عنه بجوابين

(أحدهما) أن منه ما يرفع مع الخبز كالملح ونحوه

(والثانى) أنهما يجتمعان فى الفم والمضغ والبلع الذى هو حقيقة الأكل فلا يضر افتراقهما قبله .

فأما التمر ففيه وجهان (أحدهما) هو أدم لما روى أبو داود عن عبد الله بن سلام قال « رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم وضع تمرة على كسرة وقال : هذه إدام هذه »

(والثانى) ليس بأدم لأنه لا يؤتدم به عادة إنما يؤكل قوتاً أو حلوى

(فرع) فإن حلف لا يأكل فاكهة حنث بأكل كل ما يسمى فاكهة وهى كل ثمرة تخرج من الشجرة يتفكه بها من العنب والرطب والرمان والسفرجل والتفاح والكمثرى والخوخ والمشمش والاترج والتوت والنبق والموز والجميز ، وبهذا قال أحمد وأبو يوسف ومحمد بن الحسن ، وقال أبو حنيفة وأبو ثور لا يحنث بأكل ثمرة النخل والرمان لقوله تعالى (فيهما فاكهة ونخل ورمان) والمعطوف

يغاير المعطوف عليه . دليلنا أنها ثمرة شجرة يتفكه بهما فكانا من الفاكهة كسائر ما ذكرنا ، ولأنهما فى عرف الناس فاكهـــة ويسمى بائعهما فاكهياً ، وموضع بيعهما سوق الفاكهة ، والأصل فى العرف الحقيقة والعطف لشرفهما وتخصيصهما كقوله تعالى « من كان عدواً لله وملائكته ورسله وجبريل وميكال » وهما من الملائكة .

(فرع) القثاء والخيار والقرع والباذنجان من الخضر وليس من الفاكهـــة وبهذا قال أحمد . أما البطيخ فإنه من الفاكهة على ما ذكره المصنف ، وهو أحد الوجهين عند أصحاب أحمد ذكره القاضى وبه قال أبو ثور ، لأنه ينضج ويحلو ، أشبه ثمر الشجر .

والثانى عندهم : ليس من الفاكهة ، لأنه ثمر بقلة أشبه الخيار والقثاء ، وأما ما يكون فى الأرض كالجزر واللفت والفجل والقلقاس والسوطل ونحوه ، فليس شىء من ذلك فاكهة ، لأنه لا يسمى بها ولا فى معناها

دليلنا أن البطيخ وإن كان يشبه فى شجره النباتات الزاحفة كالباذنجان والقرع والقثاء والخيار ، إلا أنه ثمر حلو يفارق ما ذكرنا فى الطعم وفى طريقة الأكل إذ تلك الأنواع تصطلح وتطبخ وتملح وليس كذلك البطيخ والشمام ولأنها فاكهة فى حقيقتها العرفية عند الناس على اختلاف أقاليمهم وأجناسهم .

(فرع) إذا حلف لا يأكل رطباً فأكل منصفا — وهو الذى بعضه بسر وبعضه تمر أو مذنبا — وهو الذى بدأ فيه الإرطاب من ذنبه وباقيه بسر ، أو حلف لا يأكل بسراً فأكل ذلك حنث ، وبهذا قال أبو حنيفة ومحمد بن الحسن وأحمد بن حنبل .

وقال أبو يوسف وبعض أصحابنا : لا يحنث لأنه لا يسمى رطبا ولا تمرا ، والصحيح أنه أكل رطبا وبسرا فحنث ، كما لو أكل نصف رطبة ونصف بسرة منفردتين ، وما ذكروه لا يصح ، فإن القدر الذى أرطب رطب والباقى بسر ، ولو أنه حلف لا يأكل البسر فأكل البسر الذى فى النصف حنث ، وإن أكل البسر من يمينه على الرطب وأكل الرطب من يمينه على البسر لم يحنث واحد منهما وإن حلف واحد ليأكلن رطبا وآخر ليأكلن بسراً فأكل الحالف على أكل

الرطب ما فى النصف من الرطبـــة وأكل الآخر باقيها برا جميعا ، وإن حلف ليأكلن رطبة أو بسرة أو لا يأكل ذلك فأكل منصفا لم يبر ولم يحنث لأنه ليس فيه رطبة ولا بسرة

(فرع) إذا حلف لا يأكل قوتا فأكل خبزاً أو تمرا أو زبيبا أو لحما أو لبنا حنث لأن كل واحد من هذه يقتات فى بعض البلدان ، ويحتمل أن لا يحنث إلا بأكل مايقتاته أهل بلده ، لأن يمينه تنصرف الى القوت المتعارف عندهم فى بلدهم ولأصحاب أحمد وجهان كالوجهين عندنا ، وإن أكل حبا يقتات خبزه حنث لأنه يسمى قوتا ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم «كان يدخر قوت عياله لسنة» وإنما يدخر الحب .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن حلف لا يأكل طعاما حنث بأكل كل ما يطعم من قوت وأدم وفاكهة وحلاوة ، لأن اسم الطعام يقع على الجميع ، والدليل عليه قوله تعالى «كل الطعام كان حلا لبنى إسرائيل إلا ما حرم إسرائيل على نفسه» وهل يحنث بأكل الدواء ؟ فيه وجهان

(أحدهما) لا يحنث لأنه لا يدخل فى إطلاق اسم الطعام (والثانى) يحنث لأنه يطعم فى حال الاختيار ، ولهذا يحرم فيه الربا

(فصل) وإن حلف لا يشرب الماء فشرب ماء البحر احتمل عندى وجهين (أحدهما) يحنث لأنه يدخل فى اسم الماء المطلق ، ولهذا تجوز به الطهارة . (والثانى) لا يحنث لأنه لا يُشرب ، وإن حلف لا يشرب ماء فراتا فشرب ماء دجلة أو غيره من المياه العذبة حنث ، لأن الفرات هو الماء العذب ، والدليل عليه قوله تعالى (وأسقيناكم ماء فراتا) وأراد به العذب ، وان حلف لا يشرب من ماء الفرات فشرب من ماء دجلة لم يحنث ، لأن الفرات اذا عرف بالالف واللام فهو النهر الذى بين العراق والشام

(فصل) وإن حلف لا يشم الريحان فشم الضميران ـ وهو الريحان الفارسى ـ حنث ، وإن شم ما سواه كالورد والبنفسج والياسمين والزعفران لم يحنث لأنه

لا يطلق اسم الريحان الا على الضميران وما واه لا يسمى إلا بأسمائها . وان حلف لا يشم المشموم حنث بالجميع ، لأن الجميع مشموم ، وان شم الكافور أو المسك أو العود أو الصندل لم يحنث لأنه لا يطلق عليه اسم المشموم . وان حلف لا يشم الورد والبنفسج فشم دهنهما لم يحنث لأنه لم يشم الورد والبنفسج ، وان جف الورد والبنفسج فشمهما ففيه وجهان

(أحدهما) لا يحنث ، كما لا يحنث اذا حلف لا يأكل الرطب فأكل التمر

(والثانى) يحنث لبقاء اسم الورد والبنفسج .

* * *

(الشرح) فى قوله تعالى « كل الطعام كان حلا لبنى اسرائيل » الآية ، هو يعقوب عليه السلام . روى الترمذى عن ابن عباس « أن اليهود قالوا للنبي صلى الله عليه وسلم : أخبرنا ما حرم إسرائيل على نفسه ؟ قال كان يسكن البدو فاشتكى عرق النسا فلم يجد شيئا يلائمه إلا لحوم الإبل وألبانها فلذلك حرمها ، قالوا « صدقت » وذكر الحديث .

وقال ابن عباس ومجاهد وقتادة والسدى : أقبل يعقوب عليه السلام من حران يريد بيت المقدس حين هرب من أخيه عيصو ، وكان رجلا بطشا قويا ، فلقيه ملك فظن يعقوب أنه لص فعالجه أن يصرعه ، فغمز الملك فخذ يعقوب عليه السلام ثم صعد الملك الى السماء ويعقوب ينظر اليه ، فهاج عليه عرق النسا ولقى من ذلك بلاء شديداً ، فكان لا ينام الليل من الوجع ويبيت وله زقاء - أى صياح - فحلف يعقوب عليه السلام ان شفاه الله عز وجل ألا يأكل عرقاً ، ولا يأكل طعاماً فيه عرق فحرمها على نفسه ، فجعل بنوه يتبعون بعد ذلك العروق فيخرجونها من اللحم .

واختلف هل كان التحريم من يعقوب باجتهاده أم بإذن الله تعالى ؟ والصحيح الاول لأن الله تعالى أضاف التحريم اليه بقوله « إلا ما حرم » ، وأن النبي اذا أداه اجتهاده إلى شىء كان دينا يلزمنا اتباعه لتقرير الله إياه على ذلك ، وكما يوحى اليه

ويلزم اتباعه. كذلك يؤذن له ويجتهد، ويتعين موجب اجتهاده إذا قدر عليه.
وقد حرم نبينا صلى الله عليه وسلم العسل على الرواية الصحيحة، أو خادمه مارية فلم يقر الله تحريمه ونزل «لم تحرم ما أحل الله لك» قال الكيا الطبرى فيمكن أن يقال مطلق قوله تعالى «لم تحرم ما أحل الله» يقتضى ألا يختص بمارية، وقد رأى الشافعى أن وجوب الكفارة فى ذلك غير معقول المعنى، فجعلها مخصوصاً بموضع النص، وأبو حنيفة رأى ذلك أصلا فى تحريم كل مباح وأجراه مجرى اليمين. هكذا أفاده القرطبى

أما قوله تعالى «وأسقيناكم ماء فراتاً» فالفرات أشد الماء عذوبة. وقال تعالى «هذا عذب فرات وهذا ملح أجاج» وقد فرت الماء يفرت فرتة إذا عذب فهو فرات. وقال ابن الاعرابى: فرت الرجل إذا ضعف عقله بعد مسكة، والفراتان الفرات ودجيل.

أما الاحكام: فإذا حلف لا يأكل طعاماً فأكل ما يسمى طعاماً من قوت وأدم وحلواء وتمر جامد ومائع حنث لقوله تعالى «كل الطعام كان حلا لبنى اسرائيل» وقوله تعالى «ويطعمون الطعام على حبه» يعنى على محبتهم للطعام لحاجتهم اليه، وقيل على حب الله تعالى. وقال تعالى «قل لا أجد فيما أوحى إلىّ محرماً على طاعم يطعمه إلا أن يكون ميتة أو دماً مسفوحا أو لحم خنزير» وسمى النبى صلى الله عليه وسلم اللبن طعاماً وقال «انما تخزن لهم ضروع مواشيهم أطعمتهم»

وفى الماء عند الحنابلة وجهان (أحدهما) هو طعام لقوله تعالى «ان الله مبتليكم بنهر فمن شرب منه فليس منى، ومن لم يطعمه فإنه منى» والطعام مايطعم، ولان النبى صلى الله عليه وسلم سمى اللبن طعاماً وهو مشروب فكذلك الماء.

(والثانى) ليس بطعام لأنه لا يسمى طعاماً ولا يفهم من اطلاق اسم الطعام ولهذا يعطف عليه، فيقال طعام وشراب، والمعطوف يغاير المعطوف عليه، وقال صلى الله عليه وسلم «انى لا أعلم ما يجزىء من الطعام والشراب الا اللبن» رواه ابن ماجه، ويقال باب الاطعمة والاشربة، ولأنه ان كان طعاماً فى الحقيقة فليس بطعام فى العرف فلا يحنث بشربه، لأن مبنى الأيمان على العرف، لكون الحالف فى الغالب لا يريد بلفظه الا ما يعرفه، وهذا هو الاصح من الوجهين

(فرع) هل يحنث بأكل الدواء كالأقراص المسكنة والفيتامينات والمركبات الاقرباذينية والفارماكوبيا ؟ فيه وجهان

(أحدهما) يحنث لأنه يطعم حال الاختيار

(والثانى) لا يحنث لأنه لا يدخل فى اطلاق اسم الطعام ولا يؤكل الا عند الضرورة ، وبهذين الوجهين قال الحنابلة ، ومن يراجع كتاب الربا هنا يجد أن الدواء ربوى لأنه طعام وجهاً واحداً أما هنا فوجهان

(مسألة) اذا حلف لا يشرب ماء وأطلق احتمل عند المصنف وجهين فى حنثه بشرب ماء البحر — وهو الأبيض المتوسط أو الأحمر أو المحيط الهندى أو الاطلسى أو الاقيانوس — أو ما تفرع عنها من خلجان كالخليج العربى وخليج العقبة وما تربط بينها من مضايق وممرات ، وأحد الوجهين أنه يحنث لأن ماء البحر يدخل فى مطلق الماء ولذا تصح الطهارة به لأنه ماء طهور . فإذا عرفت أن المياه جميعها مصدرها البحر . اما عن طريق التبخر ثم نزولها مطراً تكون منه الآبار والأنهار . واما عن طريق المياه الجوفية التى تكون منها العيون وبعض الآبار . وعرفت أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال لمن سأله « انا نركب البحر ونحمل معنا القليل من الماء » قال « هو الطهور ماؤه الحل ميتته » عرفت أن الماء عند الاطلاق يتناول ماء البحر حقيقة وعرفاً وشرعا

والوجه الثانى أنه لا يحنث . لأن ماء البحر لا يُشرب ولا يساغ عادة . ولو كان يسمى ماء لما سألوا رسول الله صلى الله عليه وسلم بقولهم « انا نركب البحر ونحمل معا القليل من الماء فإن توضأنا به لم نجد ماء نشربه أفنتوضأ بماء البحر ؟ وهذا سؤال يدل بمجرده على أن ماء البحر لا يسمى ماء بلا قيد . لأنه قال أفنتوضأ بماء البحر . هكذا بالإضافة

(مسألة) اذا حلف على الجنس المضاف كماء دجلة أو ماء الفرات أو ماء البئر فهل يحنث بشرب بعضه ؟ فيه وجهان

(أحدهما) يحنث بشرب بعضه لأنه حلف على ما لا يمكنه فعل جميعه فتناولت يمينه بعضه منفرداً . وبهذا قال أحمد وأبو حنيفة

(والثانى) لا يحنث . لأنه اذا حلف على الجنس كالناس والماء والخبز والتمر

حنث بفعل البعض ، لأن يمينه تناولت الجميع فلم يحنث بفعل البعض ، فألحق به اسم الجنس المضاف . وأما غير المضاف فليس فيه الوجهان ، لأنه إذا حلف ليفعلن شيئا لم يبر إلا بفعل جميعه

وان حلف لا شربت من الفرات فشرب من مائه حنث ، سواء كرع فيه أو اغترف منه ثم شرب ، وبهذا قال أحمد وأبو يوسف ومحمد . وقال أبو حنيفة : لا يحنث حتى يكرع فيه ، لأن حقيقة ذلك الكرع فلم يحنث بغيره ، كما لو حلف لا شربت من هذا الاناء فصب منه فى غيره وشرب

ولنا أن معنى يمينه أن لا يشرب من ماء الفرات ؛ لأن الشرب يكون من مائها . ومنها الغرف فحملت اليمين عليه ، كما لو حلف لا شربت من هذه البئر ولا أكلت من هذه الشجرة ولا شربت من لبن هذه الشاة ، ويفارق الكوز فإن الشرب فى العرف منه ، لأنه آلة للشرب بخلاف النهر . وماذكروه يبطل بالبئر والشاة والشجرة ، وقد سلموا أنه لو استقى من البئر أو احتلب لبن الشاة أو التقط من الشجرة وشرب وأكل حنث فكذا فى مسألتنا هنا

(فرع) وان حلف لا يشرب من ماء الفرات فشرب من نهر يأخذ منه حنث لأنه من ماء الفرات ، ولو حلف لا يشرب من نهر الفرات فشرب من نهر يأخذ منه ففيه وجهان

(أحدهما) يحنث لأن معنى الشرب منه الشرب من مائه فحنث ، كما لو حلف لا شربت من مائه . وهذا أحد الاحتمالين لأصحاب أحمد

(والثانى) لا يحنث . وهو قول أبى حنيفة وأصحابه الا أبا يوسف فإن عنه رواية أنه يحنث ، وانما قلنا لا يحنث ، لأن ما أخذه النهر يضاف الى ذلك النهر لا الى الفرات ، ويزول بإضافته اليه عن اضافته الى الفرات فلا يحنث به كغير الفرات ، ومن حلف لا يشرب من نهر النيل فشرب من ترعة النوبارية أو ترعة المحمودية فإن اضافتها الى الترعة لا يمنع العلم بكونها احدى روافد النيل فيحنث ، كما لو شرب من فرع رشيد أو فرع دمياط

أما اذا حلف لا يشرب من نهر الأردن فشرب من بحيرة الحولة لم يحنث لأنها وان اتصل ماؤهما فلكل منهما اسمه وموقعه . وكذلك يقال فى بانياس

والحصبانى والليطانى والمزهرانى واليرموك وبحيرة طبرية من أنهار الشام أنقذها وأقالها من عثرتها وأهلك الطامعين فيها .

(فرع) اذا حلف لا يشم الريحان فإنه لا يحنث الا بشم الريحان الفارسى كالضميران ؛ لأن الحالف لا يريد بيمينه فى الظاهر سواه. فلا يحنث بشم النبت أو الزهر الطيب الريح كالورد والبنفسج والنرجس والياسمين والزعفران ، لأن هذه كلها وان كانت رياحين الا أن كلا منها له اسم يعرف به فلم يحنث بشمها .

وقال أبو الخطاب من الحنابلة يحنث بشم ما يسمى فى الحقيقة ريحانا لأن الاسم يتناوله حقيقة ، ولا يحنث بشم الفاكهة وجها واحداً لأنها لا تسمى ريحانا حقيقة ولا عرفا . ومن هذا لو حلف لا يشم ورداً ولا بنفسجا فشم دهن البنفسج وماء الورد فإنه لا يحنث لانه لم يشم ورداً ولا بنفسجا

وقال أبو حنيفة : يحنث بشم دهن البنفسج لأنه يسمى بنفسجا ولا يحنث بشم ماء الورد لانه لا يسمى ورداً .

وهل يحنث بشم الورد والبنفسج اليابس ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يحنث كما لو حلف لا يأكل رطبا فأكل تمراً (والثانى) يحنث لان حقيقته باقية فحنث به كما لو حلف لا يأكل لحما فأكل لحما قديدا أو محفوظا ، وفارق ما ذكر فى الوجه الاول فإن التمر ليس رطبا ، وبهذا قال أحمد وأصحابه وأصحاب الرأى

وان حلف لا يشم المشموم حنث بكل ما ذكرنا ما عدا الكافور والمسك والعود والصندل والجاوى ، لانه لا يطلق عليه اسم المشموم . وانما يقال التجمير والتبخير أو التعطير للمسك

قال المصنف رحمه الله تعالى

﴿ فصل ﴾ وان حلف لا يلبس شيئا فلبس درعا أو جوشناً أو خفاً أو نعلا ففيه وجهان ، أحدهما يحنث لأنه لبس شيئا . والثانى لايحنث لأن اطلاق اللبس لا ينصرف الى غير الثياب

﴿ فصل ﴾ وان كان معه رداء فقال : والله لا لبست هذا الثوب وهو رداء فارتدى به أو تعمم به أو اتزر به حنث لانه لبسه وهو رداء . فإن جعله قميصا أو

سراويل ولبسه لم يحنث لانه لم يلبسه وهو رداء . فإن قال والله لا لبست هذا الثوب ولم يقل وهو رداء فارتدى به أو تعمم به أو اتزر به أو جعله قميصا أو سراويل ولبسه حنث . ومن أصحابنا من قال لا يحنث لانه حلف على لبسه وهو على صفة فلم يحنث بلبسه على غير تلك الصفة ، والصحيح هو الاول لأنه حلف على لبسه ثوباً فحمل على العموم ، كما لو قال والله لا لبست ثوباً

(فصـل) وإن حلف لا يلبس حلياً فلبس خاتماً من ذهب أو فضة أو مخنقة من لؤلؤ أو غيره من الجواهر حنث لان الجميع حلى ، والدليل عليه قوله عز وجل (يحلون فيها من أساور من ذهب ولؤلؤا ولباسهم فيها حرير) وإن لبس شيئا من الخرز أو السبج ، فإن كان ممن عادته التحلى به كأهل السواد حنث لأنهم يسمونه حلياً . وهل يحنث به غيرهم؟ على ماذكرناه من الوجهين فى بيوت الشعر ورءوس الصيد . وإن تقلد سيفاً محلى لم يحنث ، لأن السيف ليس بحلى . وإن لبس منطقة محلاة ففيه وجهان

(أحدهما) يحنث لأنه من حلى الرجال

(والثانى) لا يحنث ، لأنه ليس من الآلات المحلاة فلم يحنث به كالسيف . وإن حلف لا يلبس خاتما فلبسها فى غير الخنصر ، أو حلف لا يلبس قميصاً فارتدى به أو لا يلبس قلنسوة فلبسها فى رجله لم يحنث ، لأن اليمين يقتضى لبساً متعارفاً وهذا غير متعارف

(فصل) وإن منّ عليه رجل فحلف لا يشرب له ماء من عطش فأكل له خبزاً أو لبس له ثوباً أو شرب له ماء من غير عطش لم يحنث ، لأن الحنث لا يقع إلا على ما عقد عليه اليمين ، والذى عقد عليه اليمين شرب الماء من عطش ، فلو حنثناه على ماسواه لحنثناه على مانوى لا على ما حلف عليه . وإن حلف لا يلبس له ثوباً فوهب له ثوبا فلبسه لم يحنث لأنه لم يلبس ثوبه

(الشرح) الدرع الحديد مؤنثة فى الأكثر وتصغر على دُرَيع بغير هاء على غير قياس . وجاز أن يكون التصغير على لغة من ذكّر ، وربما قيل دريعة بالهاء وجمعها أدرع ودروع وأدراع .

قال ابن الاثير وهى الزَّردية ، ودرع المرأة قيصها مذكر . وقال فى اللسان: الدرع لبوس الحديد تذكر وتؤنث . قال الاخرر

مُقلصا بالدرع ذى التغضن   يمشى العرضنى فى الحديد المتقن

والجمع فى القليل أدرع وأدراع وفى الكثير دروع. وفى حديث خالد « أدراعه وأعتده حبسا فى سبيل الله » والجوشن الصدر ، وقيل ما عرض من وسط الصدر وجوشن الجرادة صدرها وجوشن الليل وسطه وصدره ، والجوشن الذى يلبس من السلاح . قال ذو الرمة يصف ثورا طعن كلابا بروقيه فى صدرها

فكرّ يمشق طعنا فى جواشنها   كأنه الاجر فى الاقبال يحتسب

والمخنقة القلادة الواقعة على المخنق ، والسبج خرز والواحدة سبجة مثل قصب وقصبة ، وسواد العراق سمى كذلك لخضرة أشجاره وزروعه ، والعرب تسمى الاخضر أسود لأنه يرى كذلك على بعد ، وكل شخص من إنسان وغيره يسمى سواداً ، وجمعه أسودة ، مثل جناح وأجنحة ، ومتاع وأمتعة ، وسواد المسلمين جماعتهم .

أما الاحكام : فإن حلف لا يلبس شيئا حنث بكل مايلبس من الثياب وغيرها كالدرع والجوشن والنعل والخف فى أحد الوجهين ، وبه قال أحمد لأنه ملبوس حقيقة وعرفا فحنث به كالثياب ، وقد استدل على هذا الوجه بحديث « أن النجاشى أهدى الى النبى صلى الله عليه وسلم خفين فلبسهما » وقيل لابن عمر إنك تلبس النعال ، فقال إنى رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يلبسهما فإذا أدخل يده فى الخف أو النعل أو الدرع والجوشن فى رجليه لم يحنث ، لأن ذلك ليس بلبس لهما (والوجه الثانى) لا يحنث . لأن اللبس عند الاطلاق لا ينصرف إلا الى الثياب .

(فرع) ان حلف لا يلبس هذا الثوب وهو رداء ، فارتدى به أو ائتزر أو اعتم به حنث ، لأن ما فعله يطلق عليه اسم اللبس فحنث به . وبهذا قال أحمد وأصحابه ، لأنه لبسه وهو رداء ، فإن غيره عن كونه رداء ولبسه لم يحنث لأن اليمين وقعت على ترك لبسه رداء .

فإن حلف لا يلبس هذا الثوب — وكان رداء فى حال حلفه — ولم يقل

وهو رداء كالتى قبلها ـ فارتدى به أو ائتزر أو اعتم به أو جعله قميصاً أو سراويل أو قباء ولبسه حنث على الصحيح من المذهب لأنه قد لبسه فحمل على عموم اللبس كما لو قال والله لا لبست ثوباً ، فإنه يحنث بلبس أى ثوب على أى نحو مما قررنا .

(فرع) إذا حلف ليلبسن هو أو ليلبسن امرأته حليا فلبس هو أو ألبس امرأته خاتما من فضة أو مخنقة من لؤلؤ أو جوهر وحده بر فى يمينه ، وبه قال أحمد وقال أبو حنيفة لا يبر لأنه ليس بحلى .

وإذا حلف لا يلبس — بالنفى — حليا فلبس خاتما من فضة أو وضع دبوسا فى صدره أو زراراً معدنيا فى كم قميصه حنث لأن ذلك من وسائل الزينة فى عصرنا هذا كالخرز والسبج عند أهل السواد فى عصر المصنف ، فإن كان ممن يلبس الجبة والقفطان فوضع دبوسا فى صدره مما يوضع حلية عند من يلبس الملابس الافرنجية ففيه وجهان كالوجهين فى بيوت الشعر ورءوس الصيد

وقال الحنابلة : إن لبس عقيقا أو سبجا ، ولو كان من أهل السواد لا يحنث لأنه ليس بحلى كالودع وخرز الزجاج ، وإن كان لا يلبس حليا فلبس دراهم أو دنانير فى مرسلة ففيه وجهان

(أحدهما) لا يحنث لأنه ليس بحلى إذا لم يلبسه فكذلك إذا لبسه

(والثانى) يحنث لأنه ذهب وفضة لبسه فكان حليا كالسوار والخاتم

(فرع) إذا حلف لا يلبس حليا فتقلد سيفا محلى بالذهب لا يحنث ، لأن الشرع لم يعتبره حليا ، وإن لبس حزاما محلى ففيه وجهان (أحدهما) يحنث لأنه مما يتحلى به الرجال ، وبه قال أحمد رضى الله عنه

(والثانى) لا يحنث لأنه آلة محلاة فأشبه السيف . وإن حلف لا يلبس خاتما فلبسها فى غير مكانها من الخنصر بل جعلها فى الوسطى أو السبابة لم يحنث كما لو حلف لا يلبس قميصا فارتدى به ، أو لا يلبس قلنسوة فلبسها فى رجله لم يحنث لمخالفة ذلك للعرف

(مسألة) اذا أراد أن يقطع منة عليه لرجل فإن يمينه لا تتعدى ما انعقد عليه لفظه . وقال أحمد : إن الاسباب معتبرة فى الأيمان فيتعدى الحكم بتعديها، فإذا امتن عليه بثوب فحلف أن لا يلبسه لتنقطع المنة به حنث بالانتفاع به فى

غير اللبس من أخذ ثمنه ، لأنه نوع انتفاع به يلحق المنة به ، وان لم يقصد قطع المنة ولا كان سبب يمينه يقتضى ذلك لم يحنث إلا بما تناولته يمينه ، وهو لبسه خاصة ، فلو أبدله بثوب غيره ثم لبسه أو انتفع به فى غير اللبس أو باعه وأخذ ثمنه لم يحنث لعدم تناول اليمين له لفظا ونية وسببا

ولنا أننا لو أحنثناه هنا لأحنثناه على ما نوى لا على ما حلف عليه

قال المصنف رحمه الله تعالى :

وان حلف لا يضرب امرأته فضربها ضربا غير مؤلم حنث لأنه يقع عليه اسم الضرب ، وان عضها أو خنقها أو نتف شعرها لم يحنث ، لأن ذلك ليس بضرب ، وان لكمها أو لطمها أو رفسها ففيه وجهان . أحدهما يحنث لأنه ضربها والثانى لا يحنث لان الضرب المتعارف ما كان يؤلم

وإن حلف ليضرب عبده مائة سوط فشد مائة سوط فضربه بها ضربة واحدة فإن تيقن أنه أصابه المائة بر فى يمينه لانه ضربه مائة سوط . وان تيقن أنه لم يصبه بالمائة لم يبر لانه ضربه دون المائة . وإن شك هل أصابه بالجميع أو لم يصبه بالجميع فالمنصوص أنه يبر

وقال المازنى : لا يبر ، كما قال الشافعى رحمه الله فيمن حلف ليفعلن كذا فى وقت إلا أن يشاء فلان ؛ فمات فلان حنث ، وإذا لم نجعله باراً للشك فى المشيئة وجب أن لا نجعله باراً للشك فى الاصابة ، والمذهب الاول ، لان أيوب عليه السلام حلف ليضربن امرأته عدداً فقال عزوجل « وخذ بيدك ضغثا فاضرب به ولا تحنث » ويخالف ماقاله الشافعى رحمه الله فى المشيئة لانه ليس الظاهر وجود المشيئة ، فإذا لم تكن مشيئة حنث بالمخالفة ، والظاهر إصابته بالجميع فبر . وان حلف ليضربنه مائة مرة فضربه بالمائة المشدودة لم يبر لانه لم يضربه إلا مرة ، فإن حلف ليضربه مائة ضربة ، فضربه بالمائة المشدودة دفعة واحدة فأصابه الجميع ففيه وجهان :

(أحدهما) لا يبر لانه ما ضربه الا ضربة ، ولهذا لو رمى بسبع حصيات دفعة واحدة الى الجمرة لم يحتسب له سبعا

(والثانى) أنه يبر لأنه حصل بكل سوط ضربة ، ولهذا لو ضرب به فى حد الزنا حسب بكل سوط جلدة .

(الشرح) قوله : فقال الله عز وجل «وخذ بيدك ضغثاً فاضرب به ولا تحنث» ذهب المفسرون فى تفسير هـــذه الآية مذهب الإسرائيليات التى تغفل السياق ومواقع الكلم . وحكوا فى ذلك أحاديث بعضها موقوف وبعضها مرفوع لم يصح منها سوى حديث «بينا أيوب يغتسل إذ خر عليه رجل من جراد من ذهب» الحديث . وإذ لم يصح عنه فيه إلا ما ذكر القرآن فإنا ذاكروا ما قاله ابن العربى لموافقته مذهبنا فى تأويلها . قال ما ذكره المفسرون من أن إبليس كان له مكان فى السماء السابعة يوماً من العام فقول باطل ، لأنه أهبط منها بلعنة وسخط الى الأرض فكيف يرقى إلى محل الرضا ويجول فى مقامات الأنبياء ويخترق السموات العلى ، إن هذا لخطب من الجهالة عظيم ، إلى أن قال :

وأما قولهم : إنه قال لزوجته أنا إله الأرض ، ولو تركت ذكر الله وسجدت أنت لى لعافيته ، فاعلموا وإنكم لتعلمون أنه لو عرض لأحدكم وبه ألم وقال هنا الكلام ماجاز عنده أن يكون إلهاً فى الارض وأنه يسجد له وأنه يعافى من البلاء فكيف أن تستريب زوجة نبى ؟ ولو كانت زوجة سوادى أو فدم بربرى ما ساغ ذلك عندها

وأما تصويره الاموال والاهل فى واد فذلك ما لا يقدر عليه إبليس بحال ، ولا هو فى طريق السحر ، فيقال إنه من جنسه . إلى أن قال : والذى جرأهم على ذلك وتذرعوا به إلى ذكر هذا قوله تعالى «اذ نادى ربه أنى مسنى الشيطان بنصب وعذاب» انتهى .

قلت : الذى يتسق مع نظام الذكر الحكيم والتذكير المتين أن الله تعالى أراد أن يسلى نبيه محمداً صلى الله عليه وسلم بجهاد الانبياء قبله وصبرهم على الضر والبلاء فليس من المناسب أن يقول له : اذكر عبدنا أيوب كيف حلف أن يضربَه امرأته مائة سوط ، فقلنا له خذ عرجونا به مائة شمراخ فاضربها به ولا تحنث انا وجدناه صابراً نعم العبد انه أواب .

ان هذا كلام عجيب وفهم للآيات غريب ، وان الذى يناسب مقام النبوة أن يكون أيوب عليه السلام بعث فى قوم كان الشيطان يعبث بعقولهم ، فكان كلما آمن به فريق منهم ارتد وانحاز الى الضلالة فشكا لربه هذا العناء « انى مسنى الشيطان بنصب وعذاب » فقال له ربه « ثبت قدمك على دعوتنا وتقدم بخطى شريعة ثابتة الى الامام » وهذا هو الذى يفيده معنى الركض بالرجل . فنى هذا ازالة لما يمسك من لغوب ونصب وتنقية لما تعانيه من عناد قومك من وساوس الشيطان ، وشراب هنىء لك يشرح صدرك ، ويجلو عنك الضيق والحرج وخذ بيدك غصنا فلوح به على وجوه الناس ولا تأثم ولا تغلظ ، لأن الحنث هو الإثم . قال تعالى « وكانوا يصرون على الحنث العظيم » ومما استقر فى الفطر وارتكز فى الطباع أن الغصن الرطب كغصن الزيتون مثلا يضرب به المثل فى الامم بالسلام . والله أعلم .

أما أحكام الفصل فإنه لا يجوز أن يضرب الرجل امرأته فوق حد الادب ، لقوله صلى الله عليه وسلم « واضربوهن ضرباً غير مبرح » وقد اختلف الفقهاء فى هذا الحكم الذى فهموه من الآية ، هل هو عام أو خاص بأيوب وحده ؟ فروى عن مجاهد أنه عام .

وحكى عن القشيرى أن ذلك خاص بأيوب . وحكى المهدوى عن عطاء بن أبى رباح أن ذلك حكم باق ، وأنه اذا ضرب بمائة قضيب ونحوه ضربة واحدة بر . وروى نحوه الشافعى رضى الله عنه . وروى نحوه عن النبى صلى الله عليه وسلم فى المقعد الذى حملت منه الوليدة . وأمر أن يضرب بعثكول فيه مائة شمراخ ضربة واحدة . وقال القشيرى وقيل لعطاء هل يعمل بهذا اليوم ؟ فقال ما أنزل القرآن الا ليعمل به ، يتبع .

وروى عن عطاء أنها لأيوب خاصة . وكذلك روى أبو زيد عن ابن القاسم عن مالك « من حلف ليضربن عبده مائة فجمعها فضربه بها ضربة واحدة لم يبر » وقال القرطبى ، وقال بعض علمائنا — يريد مالك — قوله تعالى « لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجا » أى ان ذلك منسوخ بشريعتنا

قال ابن المنذر وقد روينا عن على أنه جلد الوليد بن عقبه بسوط له طرفان أربعين جلدة ، وأنكر مالك هذا وتلا قوله تعالى « فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة » وهذا مذهب أصحاب الرأى . اه

وقد احتج الشافعى رضى الله عنه بحديث خرجه أبو داود فى سننه : حدثنا أحمد بن سعيد الهمدانى ، حدثنا ابن وهب أخبرنى يونس عن ابن شهاب أخبرنى أبو أسامة بن سهل بن حنيف أنه أخبره بعض أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم من الأنصار « أنه اشتكى رجل منهم حتى أضنى ، فعاد جلدة على عظم ، فدخلت عليه جارية لبعضهم ، فهش لها فوقع عليها ، فلما دخل عليه رجال قومه يعودونه أخبرهم بذلك وقال : استفتوا لى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فإنى قد وقعت على جارية دخلت على ، فذكروا ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم وقالوا : ما رأينا بأحد من الناس من الضر مثل الذى هو به ، لو حملناه اليك لتفسخت عظامه ، ما هو إلا جلد على عظم ، فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يأخذوا مائة شمراخ فيضربوه بها ضربة واحدة » .

قال الشافعى : إذا حلف ليضربن فلاناً مائة جلدة أو ضرباً ولم يقل : ضرباً شديداً ولم ينو ذلك بقلبه يكفيه مثل هذا الضرب المذكور فى الآية ولا يحنث ، وقال ابن المنذر : إذا حلف الرجل ليضربن عبده مائة فضربه ضرباً خفيفاً فهو بار عند الشافعى وأبى ثور وأصحاب الرأى وقال مالك ليس الضرب إلا الضرب الذى يؤلم .

(تنبيه) قال القرطبى فى جامع أحكام القرآن ج ١٥ ص ٢١٥ . استدل بعض جهال المتزهدة ، وطغام المتصوفة بقوله تعالى لأيوب « اركض برجلك » على جواز الرقص ، قال أبو الفرج الجوزى : وهذا احتجاج بارد ، لأنه لو كان أمر بضرب الرجل فرحا كان لهم فيه شبهة ، وإنما أمر بضرب الرجل لينبع الماء إعجازاً من الرقص ، ولئن جاز أن يكون تحريك رجل قد أنحلها تحكم الهوام دلالة على جواز الرقص فى الإسلام جاز أن يجعل قوله سبحانه « اضرب بعصاك الحجر » جوازاً على ضرب المحاد بالقضبان نعوذ بالله من التلاعب بالشرع ، وقد احتج بعض قاصريهم بأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لعلى « أنت منى وأنا منك »

فخجل ، وقال لجعفر « أشبهت خلقى وخلقى » فخجل ، وقال لزيد « أنت أخونا ومولانا » فخجل ، ثم ذكر قصة زفن الحبشة والنبى صلى الله عليه وسلم ينظر اليهم وأجاب على كل ذلك .

(فرع) إذا حلف أن يضربها عشرة أسواط فجمعها وضربها بها ضربة واحدة بر فى يمينه إذا علم أنها مستها كلها ، وإن علم أنها لم تمسها لم يبر ، وقال أحمد : إن حلف أن يضربه عشرة فجمعهافضربه بها لم يبر فى يمينه ، وبهذا قال مالك وأصحاب الرأى . وقال ابن حامد من الحنابلة يبر ، لأن أحمد قال فى المريض عليه الحد ، يضرب بعثكال النخل فيسقط عنه الحد .

(فرع) وإن حلف أن يضرب امرأته فى غد فمات الحالف من يومه فلا حنث عليه ، لأن الحنث إنما يحصل بفوات المحلوف عليه فى وقته وهوالغد ، والحالف قد خرج عن أن يكون من أهل التكليف قبل الغد فلا يمكن حنثه ، وكذلك إن جن الحالف فى يومه فلم يفق إلا بعد خروج الغد ، لأنه خرج عن كونه من أهل التكليف .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وإن حلف لا يهب له فأعمره أو أرقبه أو تصدق عليه حنث لأن الهبة تمليك العين بغير عوض ؛ وإن كان لكل نوع منها اسم . وإن وقف عليه وقلنا إن الملك ينتقل اليه حنث ، لأنه ملكه العين من غير عوض . وإن باعه وحاباه لم يحنث ، لأنه ملكه بعوض ، وإن وصى له لم يحنث ، لأن التمليك بعد الموت والميت لا يحنث .

(فصل) وان حلف لا يتكلم فقرأ القرآن لم يحنث ؛ لأن الكلام لا يطلق فى العرف الا على كلام الآدميين . وان حلف لا يكلم فلانا فسلم عليه حنث ، لأن السلام من كلام الآدميين ، ولهذا تبطل به الصلاة ، فإن كلمه وهو نائم أو ميت أو فى موضع لا يسمع كلامه لم يحنث ، لأنه لا يقال فى العرف كلمه . وان كلمه فى موضع يسمع الا أنه لم يسمع لاشتغاله بغيره حنث ، لأنه كلمه . ولهذا يقال كلمه فلم يسمع

وان كلمه وهو أصم فلم يسمع للصمم ففيه وجهان . أحدهما يحنث لأنه كلمه وان لم يسمع لحنث ، كما لو كلمه فلم يسمع لاشتغاله بغيره . والثانى لا يحنث وهو الصحيح لأنه كلمه وهو لا يسمع ، فأشبه اذا كلمه وهو غائب ، وان كاتبه أو راسله ففيه قولان :

قال فى القديم يحنث . وقال فى الجديد لا يحنث . وأضاف اليه أصحابنا : اذا أشار اليه ، فجعلوا الجميع على قولين ، أحدهما يحنث . والدليل عليه قوله عز وجل « وما كان لبشر أن يكلمه الله الا وحياً » فاستثنى الوحى وهو الرسالة من الكلام فدل على أنها منه . وقوله عز وجل « قال آيتك أن لا تكلم الناس ثلاثة أيام الا رمزا » فاستثنى الرمز وهو الاشارة من الكلام ، فدل على أنها منه ، ولأنه وضع لافهام الآدميين فأشبه الكلام .

والقول الثانى أنه لا يحنث لقوله عز وجل « فإما ترين من البشر أحدا فقولى انى نذرت للرحمن صوماً فلن أكلم اليوم انسياً » ثم قال « يا أخت هرون ما كان أبوك امرأ سوء وما كانت أمك بغياً ، فأشارت اليه قالوا كيف نكلم من كان فى المهد صبياً » فلو كانت الاشارة كلاماً لم تفعله ، وقد نذرت أن لا تكلم . ولأن حقيقة الكلام ما كان باللسان ، ولهذا يصح نفيه عما سواه بأن تقول : ما كلمته وانما كاتبته أو راسلته أو أشرت اليه ، ويحرم على المسلم أن يهجر أخاه فوق ثلاثة أيام ، لقوله عليه السلام « لا يحل لمسلم أن يهجر أخاه فوق ثلاثة أيام ، والسابق أسبقهما الى الجنة »

وان كاتبه أو راسله ففيه وجهان (أحدهما) لا يخرج من مأثم الهجران ، لأن الهجران ترك الكلام فلا يزول الا بالكلام (والثانى) وهو قول أبى على بن أبى هريرة أنه يخرج من مأثم الهجران ، لأن القصد بالكلام ازالة ما بينهما من الوحشة ، وذلك يزول بالمكاتبة والمراسلة

(الشرح) قوله تعالى « وما كان لبشر أن يكلمه الله الا وحيا » سبب ذلك أن اليهود قالوا للنبى صلى الله عليه وسلم : ألا تكلم الله وتنظر اليه ان كنت نبياً

كما كلمه موسى وننظر اليه ، فإنا لن نؤمن لك حتى تفعل ذلك ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : إن موسى لن ينظر اليه ، فنزل قوله تعالى « وما كان لبشر أن يكلمه الله إلا وحياً » ذكره النقاش والواحدي والثعلبي . وقد احتج بهذه الآية الشافعي في القديم فيمن حلف ألا يكلم رجلا فأرسل اليه رسولا أنه حانث ، لأن المرسل قد سمي فيها مكلما المرسل اليه ، إلا أن ينوى الحالف المواجهة بالخطاب .

قال ابن المنذر : واختلفوا في الرجل يحلف أن لا يكلم فلاناً فكتب اليه كتابا أو أرسل اليه رسولا ، فقال الثوري الرسول ليس بكلام . وقال الشافعي في الجديد : لا يبين أن يحنث . وقال النخعي : والحكم في الكتاب يحنث. وقال مالك يحنث في الكتاب والرسول . وقال مرة : الرسول أسهل من الكتاب . وقال أبو عبيد : الكلام سوى الخط والإشارة

وقال أبو ثور « لا يحنث في الكتاب » وقال ابن المنذر لا يحنث في الكتاب والرسول . وقال القرطبي وهو قول مالك

أما قوله تعالى « قال آيتك أن لا تكلم الناس ثلاثة أيام إلا رمزاً » قال أبو الشعثاء جابر بن زيد رضي الله عنه ، إن زكريا عليه السلام لما حملت زوجه منه بيحيى أصبح لا يستطيع أن يكلم أحداً ، وهو مع ذلك يقرأ التوراة ويذكر الله تعالى ، فإذا أراد مقاولة أحد لم يطقه

(قلت) والرمز في اللغة الإيماء بالشفتين ، وقد يستعمل في الإيماء بالحاجبين والعينين واليدين ، وأصله الحركة . وقيل طلب تلك الآية زيادة طمأنينة . المعنى تم النعمة بأن تجعل لي آية ، وتكون تلك الاية زيادة نعمة وكرامة ، فقيل له « آيتك أن لا تكلم الناس ثلاثة أيام » أي تمتنع من الكلام ثلاث ليال . وقال النحاس ، قول قتادة إن زكريا عوقب بترك الكلام قول مرغوب عنه ، لأن الله لم يخبرنا أنه أذنب ولا أنه نهاه عن هذا ، اه

ثم إن في هذه الاية دليلا على أن الاشارة تنزل منزلة الكلام ، وذلك موجود في كثير من السنة . وآكد الاشارات ماحكم به النبي صلى الله عليه وسلم من أمر الجارية حين قال لها أين الله ؟ فأشارت برأسها إلى السماء ، فقال اعتقها فإنها مؤمنة فأجاز الاسلام بالاشارة الذى هو أصل الديانة الذى يمنع الدم والمال وتستحق

به الجنة وينجى به من النار، وحكم بإيمانها كما يحكم بنطق من يقول ذلك ، فوجب أن تكون الاشارة عاملة فى سائر الديانة ، وهو قول عامة الفقهاء

وروى ابن القاسم عن مالك أن الأخرس إذا أشار بالطلاق أنه يلزمه . وقال الشافعى فى الرجل يمرض فيختل لسانه فهو كالاخرس فى الرجعة والطلاق وقال أبو حنيفة ذلك جائز إذا كانت إشارته تعرف ، وإن شك فيها فهى باطل ، وليس ذلك بقياس وإنما هو استحسان .

وقال القرطبى والقياس فى هذا كله أنه باطل لأنه لا يتكلم ولا يعقل اشارته قال أبو الحسن بن بطال ، وإنما حمل أبا حنيفة على قوله هذا أنه لم يعلم السنن التى جاءت بجواز الاشارات فى أحكام مختلفة فى الديانة ، ولعل البخارى حاول بترجمته « باب الاشارة فى الطلاق والامور » الرد عليه

وقال عطاء أراد بقوله ألا تكلم الناس، صوم ثلاثه أيام ، وكانوا إذا صاموا لا يتكلمون إلا رمزا ، وهذا فيه بعد . أفاده القرطبى

(قلت) وعندى أن زكريا سأل الله أن يجعل له آية ، فقال آيتك أنى أجعلك لا تستطيع الكلام ثلاثة أيام إلا إشارة. وهذه أعظم آية يظهرها الله تعالى لزكريا فى ذات نفسه .

أما قوله تعالى « فإما ترِينّ من البشر أحداً » الأصل فى ترين ترأيين بوزن تفعلين قبل التوكيد ودخول الجازم ، فحذفت الهمزة كما حذفت من ترى ، ونقلت فتحتها إلى الراء فصار تريين ثم قلبت الياء الاولى ألفا لتحركها وانفتاح ما قبلها ، فاجتمع ساكنان الالف المنقلبة عن الياء وياء التأنيث لالتقاء الساكنين ، لأن النون المثقلة بمنزلة نونين ، الاولى ساكنة فصار ترِنْ . وعلى هذا النحو قول دريد بن الصمة

إما ترىْ رأسى حاكى لونه طرة صبح تحت أذيال الدجى

وقول الأفوه العبدى

إمـــا ترى أزرى به مأس زمان ذى انتكاس منوس

قال ابن عباس وأنس ، اذا سألك أحد عن ولدك فقولى إنى نذرت للرحمن

صوماً . أى صمتاً . وفى قراءة أبى بن كعب (إنى نذرت للرحمن صوما صمتا) والذى تتابعت به الأخبار عن أهل الحديث أن الصوم هو الصمت ، لأن الصوم إمساك عن الأكل ، والصمت إمساك عن الكلام

وقوله تعالى (فأشارت اليه) دليل على أن مريم التزمت ما أمرت به من ترك الكلام . ولم يرد فى هذه الآية أنها نطقت بـ (إنى نذرت للرحمن صوما) وإنما ورد بأنها أشارت ، فيقوى بهذا قول من قال إن أمرها بـ (قولى) إنما أريد به الإشارة .

أما حديث (لا يحل لمسلم) الخ فقد أخرجه البخارى فى الأدب عن أبى أيوب الأنصارى من طريق عبد الله بن يوسف ، وفى الاستئذان عن على عند مسلم ، وفى الأدب عن أبى أيوب من طريق يحيى بن يحيى فى سنن أبى داود ، وعن أبى أيوب عند الترمذى فى البر من طريق محمد بن يحيى . وفى الموطأ عن أبى أيوب من طريق ابن شهاب .

أما الاحكام فقد اختلف علماء الشرع فيمن حلف ألا يكلم إنسانا فكتب اليه كتابا أو أرسل اليه رسولا ، فقال مالك إنه يحنث الا أن ينوى مشافهته ؛ ثم رجع فقال لا ينوى فى الكتاب ويحنث الا أن يرتجع الكتاب قبل وصوله . قال ابن القاسم : اذا قرأ كتابه حنث . وكذلك لو قرأ الحالف كتاب المحلوف عليه . وقال أشهب : لا يحنث اذا قرأه الحالف ، وهذا بين ، لأنه لم يكلمه ولا ابتدأه بكلام . الا أن يريد ألا يعلم معنى كلامه فإنه يحنث ، وعليه يخرج قول ابن القاسم هكذا قال المالكية . فإن حلف ليكلمنه لم يبر الا بمشافهته

وقال ابن الماجشون : وان حلف لئن علم كذا ليعلمنه أو ليخبرنه فكتب اليه أو أرسل اليه رسولا بر ولو علماه جميعا لم يبر حتى يعلمه ، لأن علمهما مختلف .

واتفق مالك والشافعى وأهل الكوفة أن الاخرس اذا كتب الطلاق بيده لزمه . وقال الكوفيون الا أن يكون رجل أصمت أياما فكتب لم يجز من ذلك شيء .

قال الطحاوى ، الاخرس مخالف للصمت العارض ، كما أن العجز عن الجماع

العارض لمرض ونحوه يوما أو نحوه يخالف العجز المأيوس منه الجماع نحو الجنون في باب خيار المرأة في الفرقة

واتفق أكثر أصحابنا على أنه اذا حلف ألا يكلمه فأرسل اليه رسولا أو كتب اليه حنث ، الا اذا أراد ألا يشافهه

وقد روى الأثرم وغيره عن أحمد في رجل حلف ألا يكلم رجلا فكتب اليه كتابا . قال وأي شيء كان سبب ذلك انما ينظر الى سبب يمينه ولمَ حلف ؟ ان الكتاب قد يجرى مجرى الكلام ، والكتاب قد يكون بمنزلة الكلام في بعض الحالات الا أن يكون قاصدا هجرانه وترك صلته والا لم يحنث بكتاب ولا رسول لأن ذلك ليس بتكلم في الحقيقة ، وهذا يصح نفيه ، فيقال ما كلمته وانما كاتبته أو راسلته ، ولذلك قال تعالى (تلك الرسل فضلنا بعضهم على بعض منهم من كلم الله) وقال (يا موسى انى اصطفيتك على الناس برسالاتى وبكلامى) وقال (وكلم الله موسى تكليما) ولو كانت الرسالة تكليما لشارك موسى غيره من الرسل ولم يختص بكونه كليم الله ونجيه

وقد قال أحمد حين مات بشر الحافي ، لقد كان فيه أنس وما كلمته قط ، وكانت بينهما مراسلة .

وممن قال لا يحنث بهذا الثوري وأبو حنيفة وابن المنذر والشافعي في الجديد واحتجوا جميعا بقوله تعالى (وما كان لبشر أن يكلمه الله الا وحيا أو من وراء حجاب أو يرسل رسولا فيوحى) فاستثنى الرسول من التكلم ، والاصل أن يكون المستثنى من جنس المستثنى منه ، ولأنه وضع لأفهام الآدميين أشبه الخطاب ، والصحيح أن هذا ليس بتكلم ، وهذا الاستثناء من غير الجنس كما قال في الاية الاخرى (آيتك ألا تكلم الناس ثلاثة أيام الا رمزا) والرمز ليس بتكلم ، لكن ان نوى ترك مواصلته أو كان سبب يمينه يقتضى هجرانه حنث لذلك . ولذلك قال أحمد وغيره : ان الكتاب ينزل منزلة الكلام فلم يجعلوه كلاما ، انما قالوا هو بمنزلته في بعض الحالات

(فرع) إذا كلم غير المحلوف عليه بقصد إسماع المحلوف عليه فإنه يحنث . وبهذا قال أحمد . لأنه قد أراد تكليمه ، ويرد عليه ما روينا عن أبي بكرة رضى الله عنه أنه كان قد حلف ألا يكلم أخاه زيادا (١) فلما أراد زياد الحج جاء أبو بكرة إلى قصر زياد فدخل فأخذ بنياً لزياد صغيرا فى حجره ثم قال : يا ابن أخى إن أباك يريد الحج ولعله يمر بالمدينة فيدخل على أم حبيبة زوج رسول الله صلى الله عليه وسلم بهذا النسب الذى ادعاه — وهو يعلم أنه ليس بصحيح — وأن هذا لا يحل له ، ثم قام فخرج

وهذا يدل على أنه لم يعتقد ذلك تكليما . ووجه الاول أنه أسمعه كلامه قاصدا لاسماعه فأشبه ما لو خاطبه كما قال الشاعر

اياك أعنى فاسمعى يا جارة

فإن ناداه بحيث يسمع فلم يسمع لتشاغله أو غفلته حنث ، وقد سئل أحمد عن رجل حلف ألا يكلم فلاناً ، فناداه والمحلوف عليه لا يسمع قال ، يحنث ، لأنه قد أراد تكليمه ، وهذا لكون ذلك يسمى تكليما ، يقال كلمته فلم يسمع ، وان كان ميتاً أو غائبا أو مغمى عليه أو أصم لا يعلم بتكليمه اياه لم يحنث

---

(١) زياد بن أبيه استلحقه معاوية بأبى سفيان بن حرب فدعى زياد بن أبى سفيان ، وقد كانت أمهما — هو وأخوه أبو بكرة — سمية ، جارية مهداة من النعمان بن المنذر ملك الحيرة الى الطبيب العربى الحارث بن كلدة ، وكان أبو سفيان يستريح عندها لدى مروره بالطائف

ويقال انه سفح بها فأعقبت زيادا

وأبو سفيان هو أبو أم المؤمنين أم حبيبه ، وادعاء زياد النسب يجعله أخاً لأم حبيبة ، الأمر الذى تستنكره حتى لا يقوى على مواجهتها فيدخل بيتها بهذا النسب الزائف

وقال بعض أصحاب أحمد كالقاضي أبي بكر : إنه يحنث بنداء الميت ، لأن النبي (ص) كلمهم وناداهم وقال « ما أنتم بأسمع لما أقول منهم » .

ويرد على هذا قوله تعالى « وما أنت بمسمع من في القبور » ولأنه قد بطلت حواسه وذهبت نفسه ؛ فكان أبعد من السماع من الغائب البعيد لبقاء الحواس في حقه ، وإنما كان ذلك من النبي صلى الله عليه وسلم أمراً اختص به فلا يقاس عليه غيره .

قال المصنف رحمه الله :

﴿ فصل ﴾ وإن حلف لا يسلم على فلان فسلم على قوم هو فيهم ونوى السلام على جميعهم حنث ، لأنه سلم عليه ، وإن استثناه بقلبه لم يحنث لأن اللفظ ، وان كان عاما إلا أنه يحتمل التخصيص فجاز تخصيصه بالنية ، وإن أطلق السلام من غير نية ففيه قولان .

(أحدهما) أنه يحنث لأنه سلم عليهم ، فدخل كل واحد منهم فيه .

(والثاني) أنه لا يحنث لأن اليمين يحمل على المتعارف ، ولا يقال في العرف لمن سلم على الجماعة وفيهم فلان : إنه كلم فلانا وسلم على فلان ، وإن حلف لا يدخل على فلان في بيت فدخل على جماعة في بيت هو فيهم — ولم يستثنه بقلبه — حنث بدخوله عليهم ، وان استثنى بقلبه عليهم ففيه وجهان (أحدهما) أنه لا يحنث كما لو حلف لا يسلم عليه فسلم عليهم واستثناه بقلبه (والثاني) أنه يحنث لأن الدخول فعل لا يتميز فلا يصح تخصيصه بالاستثناء ، والسلام قول فجاز تخصيصه بالاستثناء ، ولهذا لو قال سلام عليكم إلا على فلان صح ، وإن قال دخلت عليكم إلا على فلان لم يصح .

﴿ فصل ﴾ وإن حلف لا يصوم أو لا يصلي فدخل فيهما حنث ، لأنه بالدخول فيهما يسمى صائما ومصلياً ، وان حلف لا يبيع أو لا يتزوج أو لا يهب لم يحنث إلا بالإيجاب والقبول .

ومن أصحابنا من قال يحنث في الهبة بالايجاب من غير قبول ، لأنه يقال

وهب له ولم يقبل ، والصحيح هو الأول ، لأن الهبة عقد تمليك فلم يحنث فيه من غير ايجاب وقبول كالبيع والنكاح ولا يحنث الا بالصحيح ؛ فأما اذا باع بيعا فاسداً أو نكح نكاحا فاسداً أو وهب هبة فاسدة لم يحنث ، لان هذه العقود لا تطلق فى العرف والشرع الا على الصحيح .

(الشرح) اذا حلف لا يكلم فلانا فسلم عليه أو لا يسلم عليه فسلم على جماعة هو فيهم حنث لان السلام كلام تبطل الصلاة به ، فإن قصد المحلوف عليه مع الجماعة حنث لانه كلمه ، وان قصدهم دونه لم يحنث ، وهو مذهب أحمد رضى الله عنه لان اللفظ العام يحتمل التخصيص ، فإن أطلق السلام من غير نية ففيه قولان (أحدهما) يحنث ، وبه قال الحسن وأبو عبيد ومالك وأبو حنيفة وأحمد لانه مكلم لجميعهم ، لان مقتضى اللفظ العموم فيحمل على مقتضاه عند الاطلاق (والثانى) لا يحنث ، لان العام يصلح للخصوص فلا يحنث بالاحتمال ، ووجه القول الاول أن هذا الاحتمال مرجوح فيتعين العمل بالراجح ، كما احتمل اللفظ المجاز الذى ليس بمشتهر ، فإنه لا يمنع حمله على الحقيقة عند الاطلاق ، فإن لم يعلم أن المحلوف عليه فيهم ففيه وجهان (أحدهما) لايحنث ، لانه لم يرده فأشبه مالو استثناه ، وهو احدى الروايتين عن أحمد (والثانى) يحنث لأنه قد أرادهم بسلامه ، وهو منهم وهذا بمنزلة الناسى .

(فرع) اذا صلى بالمحلوف عليه اماماً ثم سلم من الصلاة حنث ، لانه شرع له أن ينوى السلام على الحاضرين ، وقال أحمد وأبو حنيفة لا يحنث ، لانه قول مشروع فى الصلاة فلم يحنث به كتكبيرها وليست نية الحاضرين بسلامه واجبة فى السلام وان أرتج عليه فى الصلاة ففتح عليه الحالف لم يحنث لان ذلك كلام الله وليس بكلام الآدميين .

(مسألة) اذا حلف لا يتكلم فقرأ لم يحنث ، وبه قال أحمد ، وقال أبو حنيفة ان قرأ فى الصلاة لم يحنث ، وان قرأ خارجا منها حنث لانه يتكلم بكلام الله ، وان ذكر الله تعالى لم يحنث ، ومقتضى مذهب أبى حنيفة أنه يحنث لأنه كلام ، قال تعالى « وألزمهم كلمة التقوى » .

وقال النبي صلى الله عليه وسلم « أفضل الكلام أربع : سبحان الله ، والحمد لله ولا إله إلا الله والله أكبر » وقال « كلمتان خفيفتان على اللسان ثقيلتان فى الميزان حبيبتان إلى الرحمن سبحان الله وبحمده وسبحان الله العظيم »

دليلنا أن الكلام فى العرف لا يطلق إلا على كلام الآدميين ، ولهذا لما قال النبي (ص) « إن الله يحدث من أمره ما يشاء ، وأنه قد أحدث أن لا تكلموا فى الصلاة » لم يتناول المختلف فيه .

وقال زيد بن أرقم : كنا نتكلم فى الصلاة حتى نزلت « وقوموا لله قانتين » فأمرنا بالسكوت ونهينا عن الكلام ، وقال تعالى « آيتك ألا تكلم الناس ثلاثة أيام إلا رمزاً ، واذكر ربك كثيراً وسبح بالعشى والإبكار » فأمره بالتسبيح مع قطع الكلام عنه ، ولأن ما لايحنث به فى الصلاة لا يحنث به خارجاً منها كالإشارة ، وما ذكروه يبطل بالقراءة والتسبيح فى الصلاة ، وذكر الله المشروع فيها ، وان استأذن عليه إنسان فقال (ادخلوها بسلام آمنين) يقصد القرآن لم يحنث وان قصد التعبير بالآية عن الاذن حنث .

(فرع) اذا حلف لا يدخل على فلان فدخل على جماعة هو فيهم يقصد الدخول عليه معهم حنث ، وان استثناه بقلبه ففيه وجهان .

(أحدهما) يحنث لان الدخول فعل لا يتميز فلا يصح تخصيصه بالقصد ، وقد وجد فى حق الكل على السواء وهو فيهم فحنث به كما لو لم يقصد استثناءه ، وفارق السلام فإنه قول يصح تخصيصه بالقصد ، ولهذا يصح أن يقال : السلام عليكم الا فلانا ، ولا يصح أن يقال : دخلت عليكم الا فلانا ، ولان السلام قول يتناول مايتناوله الضمير فى عليكم ، والضمير عام يصح أن يراد به الخاص ، فصح أن يراد به من سواها ، والفعل لا يتأتى هذا فيه ، وان دخل بيتا لا يعلم أنه فيه فوجده فيه فهو كالدخول عليه ناسيا .

(والثانى) لا يحنث كما لو حلف أن يسلم عليه فسلم على جماعة هو فيهم يقصد بقلبه السلام على غيره ، فإن قلنا : لا يحنث بذلك فخرج حين علم بها لم يحنث ، وكذلك ان حلف لا يدخل عليها فدخلت هى عليه فخرج فى الحال

لم يحنث ، وإن أقام فهل يحنث ؟ على وجهين بناء على من حلف لا يدخل داراً هو فيها فاستدام المقام بها فهل يحنث ؟ وجهين

(مسألة) كل عمل يتوقف حدوثه على شخص الحالف حنث بفعله له كالصلاة والصوم ، أما إذا كان العمل لا يتحقق تنفيذه إلا بشخصين كطرفى التعاقد فى البيع والشراء والزواج والهبة والعمرى والرقبى ، فإنه لا يحنث إلا بالإيجاب والقبول ، فإن حلف لا يبيع فباع بيعاً فيه الخيار ففيه وجهان

(أحدهما) يحنث لأنه بيع شرعى صحيح فيحنث به كالبيع اللازم ، لأن بيع الخيار يثبت الملك به بعد الخيار بالاتفاق وهو سبب له . وهذا هو قول أحمد وأصحابه (والثانى) لا يحنث لأن الملك لا يثبت فى مدة الخيار فأشبه البيع الفاسد وهذا هو قول أبى حنيفة

فإن حلف لا يبيع أو لا يتزوج ، فأوجب البيع والنكاح ولم يقبل المتزوج والمشترى لم يحنث ، وبهذا قال أبو حنيفة وأحمد ، ولا نعلم فيه خلافا ، لأن البيع والنكاح عقدان لا يتمان إلا بالقبول ، فلم يقع الاسم على الايجاب بدونه ، فلم يحنث به . وإن حلف لا يهب ولا يعير فأوجب ذلك ولم يقبل الآخر ، فقال القاضى من الحنابلة وأبو حنيفة وأبو العباس بن سريج من أصحابنا « يحنث » لأن الهبة والعارية لا عوض فيهما فكان مسماهما الإيجاب ، والقبول شرط لنقل الملك وليس هو من السبب فيحنث بمجرد الايجاب فيهما كالوصية ، والمذهب عندنا وهو ما صححه المصنف أنه لا يحنث بمجرد الايجاب لأنه عقد لا يتم إلا بالقبول فلم يحنث فيه بمجرد الايجاب كالنكاح والبيع

(فرع) إذا حلف لا يتزوج حنث بمجرد الايجاب والقبول الصحيح ، لا نعلم فيه خلافا لأن ذلك يحصل به المسمى الشرعى فتناولته يمينه ، وإن حلف ليتزوجن بر بذلك ، سواء كانت له امرأة أو لم يكن ، وسواء تزوج نظيرتها أو دونها أو أعلى منها . إذا ثبت هذا فإنه لا يحنث بالنكاح الفاسد ولا يحنث بالبيع الفاسد ، وقد روى عن أحمد فى البيع الفاسد روايتان ، والماضى والمستقبل فى ذلك سواء إلا عند محمد بن الحسن فإنه قال : إذا حلف ما صليت ولا تزوجت ولا بعت وكان قد فعله فاسدا حنث لأن الماضى لا يقصد منه إلا الاسم ، والاسم يتناوله

والمستقبل بخلافه فإنه يراد بالنكاح والبيع الملك وبالصـــلاة القربة . ودليلنا أن ما لا يتناوله الاسم فى المستقبل لا يتناوله فى الماضى كالايجاب وغير المسمى ، وما ذكروه لا يصح لأن الاسم لا يتناول الا الشرعى

(فرع) الوصيه قد يتبادر الى الخاطر أنها تنزل منزلة الهبـة والبيع وما فيه إيجاب وقبول فإننا قد علمنا قول المذهب فى الهبة ولكن الوصية يقع عليها الاسم بدون القبول ، ولهذا لما قال الله تعالى « كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين » انما أراد الايجاب دون القبول ، ولأن الوصية صحيحة قبل موت الموصى ولا قبول لها حينئذ ، واذا كان الشافعى رضى الله عنه يقول « اذا صح الحديث فهو مذهبي » فإنه — لا شك — أن مذهبه فى الوصية هو ما ذهبنا اليه للمفهوم من الآية بناء على أصله

واذا حلف لا يهب له فأهدى اليه أو أعمره حنث ، وان أعطاه من الصدقة الواجبة أو نذر كفارة حنث .

ولأصحاب أحمد قولان (أحـــدهما) لا يحنث . وهو قول أصحاب الرأى لأنهما يختلفان اسماً فاختلفا حكما ، بدليل أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « هو عليها صدقة ولنا هدية » وكانت الصدقة محرمة عليه والهدية حلال له ، وكان يقبل الهدية ولا يقبل الصدقة ؛ فمع هذا الاختلاف لا يحنث فى أحدهما بفعل الآخر .

دليلنا أنه تبرع بعين فى الحياة فحنث به كالهدية ، ولأن الصدقة تسمى هبة فلو تصدق بدينار قيل وهب ديناراً وتبرع بدينار . واختلاف التسمية لكون الصدقة نوعا من الهبة فيختص باسم دونها ، كاختصاص الهدية والعمرى باسمين ولم يخرجهما ذلك عن كونهما هبة . وكذلك اختلاف الأحكام فإنه قد يثبت للنوع ما لا يثبت للجنس ، كما يثبت للآدمى من الاحكام ما لا يثبت لمطلق الحيوان فإن وصى له لم يحنث ، لأن الهبة تمليك فى الحياة ، والوصية انما تملك بالقبول بعد الموت ، فإن أعاره لم يحنث لأن الهبة تمليك الاعيان وليس فى العارية تمليك عين ولأن المستعير لا يملك المنفعة وانما يستبيحها ، ولهذا يملك المعير الرجوع فيها ، ولا يملك المستعير اجارتها ولا اعارتها .

(مسألة) اذا حلف لا صليت صلاة حنث بتكبيرة الاحرام وفى الصيام حنث

بطلوع الفجر إذا نوى الصيام ، ووافقنا أبو حنيفة فى الصيام . وقال فى الصلاة لا يحنث حتى يسجد سجدة .

وقال أحمد لا يحنث حتى يكمل الصلاة . وقال ابن قدامة يسمى مصلياً بدخوله فى الصـــلاة ، ولأنه شرع فيما حلف عليه ، فوافقنا فى الصلاة والصوم ، وقال أبو الخطاب يحنث إذا صلى ركعة ، وفى الصوم يوماً كاملا

قال المصنف رحمه الله تعالى :

﴿ فصل ﴾ وإن قال والله لا تسريت ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) أنه يحنث بوطء الجارية ، لأنه قد قيل إن التسرى مشتق من السراة ، وهو الظهر ، فيصير كأنه حلف لايتخذها ظهراً ، والجارية لا يتخذها ظهراً إلا بالوطء — وقد قيل إنه مشتق من السر وهو الوطء ، فصار كما لو حلف لا يطؤها

(والثانى) أنه لا يحنث الا بالتحصين عن العيون والوطء ، لأنه مشتق من السر ، فكأنه حلف لا يتخذها أسرى الجوارى . وهذا لا يحصل الا بالتحصين والوطء (والثالث) أنه لا يحنث الا بالتحصين والوطء والإنزال ، لأن التسرى فى العرف اتخاذ الجارية لابتغاء الولد ، ولا يحصل ذلك الا بما ذكرناه

(فصل) وان حلف أنه لا مال له وله دين حال حنث ، لأن الدين الحال مال ، بدليل أنه تجب فيه الزكاة ويملك أخذه اذا شاء ؛ فهو كالعين فى يد المودع ، وان كان له دين مؤجل ففيه وجهان (أحدهما) لا يحنث لأنه لا يستحق قبضه فى الحال (والثانى) أنه يحنث لأنه يملك الحوالة به والابراء عنه ، وان كان له مال مغصوب حنث لأنه على ملكه وتصرفه ، وان كان له مال ضال ففيه وجهان (أحدهما) يحنث ، لأن الأصل بقاؤه (والثانى) لا يحنث ، لأنه لا يعلم بقاءه فلا يحنث بالشك .

(فصل) وان حلف أنه لا يملك عبدا وله مكاتب فالمنصوص أنه لا يحنث . وقال فى الأم: ولو ذهب ذاهب الى أنه عبد ما بقى عليه درهم ، فإنما يعنى أنه عبد فى حال دون حال ، لأنه لو كان عبدا له لكان مسلطا على بيعه وأخذ كسبه ، فمن أصحابنا من جعل ذلك قولا آخر .

وقال أبو على الطبرى رحمه الله : إنه لا يحنث قولا واحداً ، وإنما ألزم الشافعى رحمه الله نفسه شيئا وانفصل عنه فلا يجعل ذلك قولا له .

﴿ فصل ﴾ وان حلف لا يرفع منكرا إلى فلان القاضى أو إلى هذا القاضى ولم ينو أنه لا يرفعه إليه وهو قاض فرفعه اليه بعد العزل ففيه وجهان

(أحدهما) أنه لا يحنث لأنه شرط أن يكون قاضيا فلم يحنث بعد العزل ، كما لو حلف لا يأكل هذه الحنطة فأكلها بعد ما صارت دقيقا

(والثانى) أنه يحنث لأنه علق اليمين على عينه فكان ذكر القضاء تعريفاً لا شرطا ، كما لو حلف لا يدخل دار زيد هذه فدخلها بعد ما باعها زيد . وإن حلف لا يرفع منكرا إلى قاض حنث بالرفع إلى كل قاض لعموم اللفظ ، وإن حلف لا يرفع منكرا الى القاضى لم يحنث إلا بالرفع الى قاضى البلد، لأن التعريف بالألف واللام يرجع اليه ، فإن كان فى البلد قاض عند اليمين فعزل وولى غيره فرفع اليه حنث .

(الشرح) قال فى اللسان : السُّرِّية الجارية المتخذة للملك والجماع فُعْلية منه على تغيير النسب . وقيل هى فعولة من السَّرْو وقلبت الواو الأخيرة ياء طلب الخفة ، ثم أدغمت الواو فيها فصارت ياء مثلها ، ثم حُولت الضمة كسرة لمجاورة الياء ، وقد تسررت وتسريت على تحويل التضعيف . وقال أبو الهيثم : السر الزنا والسر الجماع .

واختلف أهل اللغة فى الجارية التى يتسراها مالكها لم سميت سُرِّية ، فقال بعضهم نسبت إلى السر وهو الجماع ، وضمت السين للفرق بين الحرة والامة توطأ فيقال للحرة إذا نكحت سرا أو كانت فاجرة سِرِّية ، وللملوكة يتسراها صاحبها سُرِّية مخافة اللبس .

وقال أبو الهيثم : السر السرور فسميت الجارية سُرِّية لأنها موضع سرور الرجل . قال وهذا أحسن ما قيل فيها . وقال الليث : السُّرِّية فُعلية من قولك تسررت . ومن قال تسريت فإنه غلط .

قال الأزهرى : هو الصواب ، والأصل تسررت ، ولكن لما توالت ثلاث راءات أبدلوا إحداهن ياء ، كما قالوا تظنيت من الظن ، وقصّيت أظفارى والأصل قصصت ، وإنما ضمت سينه لأن الأبنية قد تغير فى النسبة خاصة ، كما قالوا فى النسبة الى الدهر دُهْرِىّ وإلى الأرض السهلة سُهلى ، والجمع السرارى وفى حديث عائشة وذكر لها المتعة فقالت « والله ما نجد فى كتاب الله إلا النكاح والاستسرار » تريد اتخاذ السرارى ، وكان القياس الاستسراء من تسريت إذا اتخذت سرية ، لكنها ردت الحرف إلى الاصل ، وهو تسررت من السر النكاح وهو السرور ، فأبدلت إحدى الراءات ياء

وفى حديث سلامة : فاستسرّنى أى اتخذنى سرّية ، والقياس أن تقول تسررنى أو تسرانى . فأما استسرنى فمعناه ألقى إلىّ سره . وأما قول المصنف من الظهر فعلى وجهه ولم أره فى اللسان

أما الاحكام فإنه إذا حلف لا تسريت ففيه ثلاثة أوجه

(أحدها) حنث بوطء الجارية ، وبه قال أبو الخطاب من أصحاب أحمد

(والثانى) لايحنث إلا بتحصينها وحجبها عن الناس ، لأن التسرى مأخوذ من السر . وبه قال أبو حنيفة .

والوجه الثالث لا يحنث إلا بالتحصين والوطء والإنزال.

وقال القاضى من أصحاب أحمد : لا يحنث حتى يطأ فينزل فحلا كان أو خصياً ووجه الاول أنه مأخوذ من السر ـ ويؤخذ على المصنف التعبير عن هذا الوجه بقيل ، مع أنه أحرى من الظهر . قال تعالى « ولكن لا تواعدوهن سراً » وقال الشاعر :

فلن تطلبوا سرها للغنى ولن تسلموها لازدهادها

وقال آخر :

ألا زعمت بسباسة اليوم اننى كبرت وألا يحسن السر أمثالى

(مسألة) إذا حلف ألا مال له وله دين حال حنث لوجوب الزكاة فيه ،

وهو قول الحنابلة ومالك . وقال أبو ثور وأصحاب الرأى لا يحنث ، كما لو قضاه دينه فجاءت النقود زيوفا

وجملة ذلك أنه اذا حلف لا يملك مالا حنث بملك كل ما يسمى مالا ، سواء كان من الاثمان أو غيرها من العقار والاثاث والحيوان . وعن أحمد أنه إذا نذر الصدقة بجميع ماله إنما يتناول نذره الصامت من ماله ، ذكرها ابن أبي موسى ؛ لأن إطلاق المال ينصرف اليه . وقال أبو حنيفة : لا يحنث الا ان ملك مالا زكوياً استحسانا ، لأن الله تعالى قال « وفى أموالهم حق للسائل والمحروم » فلم يتناول الا الزكوية

ولنا أن غير الزكوية أموال ، قال الله تعالى « أن تبتغوا بأموالكم » وهى مما يجوز ابتغاء النكاح بها . وقال أبو طلحة للنبى صلى الله عليه وسلم : ان أحب أموالى الىّ بيرحاء . يعنى حديقة . وقال عمر ؛ أصبت مالا بأرض خيبر لم أصب مالا قط أنفس عندى منه . وقال أبو قتادة اشتريت مخرفاً فكان أول مال تأثلته وفى الحديث « خير المال سكة مأبورة أو مهرة مأمورة » ويقال « خير المال عين خرارة فى أرض خوارة » ولأنه يسمى مالا فحنث به كالزكوى .

وأما قوله « وفى أموالهم حق » فالحق ههنا غير الزكاة ؛ لأن هذه الآية مكية نزلت قبل فرض الزكاة فإن الزكاة انما فرضت بالمدينة ثم لو كان الحق الزكاة فلا حجة فيها ، فإن الحق اذا كان فى بعض المال فهو فى المال ، كما أن من هو فى بيت من دار أو فى بلدة فهو فى الدار والبلدة . قال تعالى «وفى السماء رزقكم وما توعدون» ولا يلزم أن يكون فى كل أقطارها . ثم لو اقتضى هذا العموم لوجب تخصيصه ؛ فإن ما دون النصاب مال ولا زكاة فيه . فإن حلف لا مال له وله دين حنث . وقال أبو حنيفة لا يحنث لأنه لا ينتفع به

دليلنا أنه ينعقد عليه حول الزكاة ويصح اخراجها عنه ويصح التصرف فيه بالابراء والحوالة والمعاوضة عنه لمن هو فى ذمته والتوكيل فى استيفائه فيحنث به كالمودع

(فرع) ان كان له مال مغصوب حنث لأنه باق على ملكه ، فإن كان له مال ضائع أو ضال ففيه وجهان (أحدهما) يحنث ؛ لأن الاصل بقاؤه على ملكه

(والثانى) لا يحنث لأنه لا يعلم بقاؤه . وإن ضاع على وجه قد يئس من عوده كالذى يسقط فى بحر لم يحنث ، لأن وجوده كعدمه ، ويحتمل ألا يحنث فى كل مال لا يقدر على أخذه كالمجحود والمغصوب والذى على غير ملىء لأنه لا نفع فيه وحكمه حكم المعدوم فى جواز الأخذ من الزكاة ، وانتفاء وجوب أدائها . وقد مضى فى الزكاة للامام النووى مزيد بحث وتفصيل

(فرع) إذا تزوج لم يحنث لأن ما يملكه ليس مالا ، وإن وجب له حق شفعة لم يحنث لأنه لم يثبت له الملك به ، وإن استأجر عقاراً أو غيره لم يحنث لأنه لا يسمى مالكا لمال ، وما بقى من الفصول فعلى وجهه

قال المصنف رحمه الله تعالى :

﴿ فصل ﴾ وإن حلف لا يكلم فلاناً حيناً أو دهراً أو حقباً أو زماناً بر بأدنى زمان ، لأنه اسم للوقت ، ويقع على القليل والكثير ، وإن حلف لا يكلمه مدة قريبة أو مدة بعيدة بر بأدنى مدة ، لأنه ما من مدة إلا وهى قريبة بالإضافة إلى ما هو أبعد منها ، بعيدة بالإضافة إلى ما هو أقرب منها

﴿ فصل ﴾ وإن حلف لا يستخدم فلاناً فخدمه وهو ساكت لم يحنث ، لأنه حلف على فعله وهو طلب الخدمة ولم يوجد ذلك منه ، وإن حلف لا يتزوج أو لا يطلق فأمر غيره حتى تزوج له أو طلق عنه لم يحنث ، لأنه حلف على فعله نفسه ولم يفعل .

وإن حلف لا يبيع أو لا يضرب فأمر غيره ففعل — فإن كان ممن يتولى ذلك بنفسه — لم يحنث لما ذكرناه ، وإن كان ممن لا يتولى ذلك بنفسه كالسلطان فالمنصوص أنه لا يحنث .

وقال الربيع : فيه قول آخر أنه يحنث ، ووجهه أن العرف فى حقه أن يفعل ذلك عنه بأمره ، واليمين يحمل على العرف ، ولهذا لو حلف لا يأكل الرءوس حملت على رءوس الأنعام ، والصحيح هو الأول ، لأن اليمين على فعله والحقيقة لا تنتقل بإرادة الحالف ، ولهذا لو حلف السلطان أنه لا يأكل الخبز أو لا يلبس الثوب فأكل خبز الذرة ولبس عباءة حنث . وإن لم يكن ذلك من عادته

وإن حلف لا يحلق رأسه فأمر من حلقه ففيه طريقان (أحدهما) أنه على القولين كالبيع والضرب فى حق من يتولاه بنفسه (والثانى) أنه يحنث قولا واحداً ، لأن العرف فى الحلق فى حق كل أحد أن يفعله غيره بأمره ثم يضاف الفعل الى المحلوق .

(فصل) وإن حلف لا يدخل دارين فدخل احداهما ، أو لا يأكل رغيفين فأكل أحدهما ، أو لا يأكل رغيفاً فأكله الا لقمة ، أو لا يأكل رمانة فأكلها الا حبة ، أو لا يشرب ماء حب فشربه الا جرعة ؛ لم يحنث لأنه لم يفعل المحلوف عليه . وان حلف لا يشرب ماء هذا النهر أو ماء هذه البئر ففيه وجهان

(أحدهما) وهو قول أبى العباس أنه يحنث بشرب بعضه ، لأنه يستحيل شرب جميعه فانعقدت اليمين على ما لا يستحيل وهو شرب البعض

(والثانى) وهو قول أبى اسحاق أنه لا يحنث بشرب بعضه لأنه حلف على شرب جميعه فلم يحنث بشرب بعضه ، كما لو حلف على شرب ماء فى الحب

(فصل) وان حلف لا يأكل طعاماً اشتراه زيد فأكل طعاماً اشتراه زيد وعمرو لم يحنث لأنه ليس فيه شىء يمكن أن يشار اليه ان اشتراه زيد دون عمرو فلم يحنث ، وان اشترى كل واحد منهما طعاما ثم خلطاه فأكل منه ففيه ثلاثة أوجه

(أحدها) أنه لا يحنث لأنه ليس فيه شىء يمكن أن يقال هذا الطعام اشتراه زيد دون عمرو ، فلم يحنث ، كما لو اشترياه فى صفقة واحدة

(والثانى) أنه ان أكل النصف فما دونه لم يحنث ، وان أكل أكثر من النصف حنث ، لأن النصف فما دونه يمكن أن يكون مما اشتراه عمرو فلم يحنث بالشك ، وفيما زاد يتحقق أنه أكل مما اشتراه زيد

(والثالث) وهو قول أبى اسحاق أنه ان أكل الحبة والعشرين حبة لم يحنث لجواز أن يكون مما اشتراه عمرو ، وان أكل الكف والكفين حنث ، لأنه يستحيل فيما يختلط أن يتميز فى الكف والكفين ما اشتراه زيد عما اشتراه عمرو

(فصل) وان حلف لا يدخل دار زيد فحمله غيره باختياره فدخل به حنث لأن الدخول ينسب اليه كما ينسب اذا دخلها راكبا على البهيمة أو دخلها برجله

فإن دخلها ناسياً لليمين أو جاهلا بالدار ، أو أكره حتى دخلها ففيه قولان

(أحدهما) يحنث لأنه فعل ما حلف عليه فحنث

(والثانى) لا يحنث وهو الصحيح لما روى ابن عباس رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » ولأن حال النسيان والجهل ، والإكراه لا يدخل فى اليمين كما لا يدخل فى الأمر والنهى فى خطاب الله عز وجل وخطاب رسول الله صلى الله عليه وسلم . وإذا لم يدخل فى اليمين لم يحنث به ، وإن حمله غيره مكرهاً حتى دخل به ففيه طريقان ، من أصحابنا من قال فيه قولان ، كما لو أكره حتى دخلها بنفسه ، لأنه لما كان فى حال الاختيار دخوله بنفسه ودخوله محمولا واحداً ، وجب أن يكون فى حال الاكراه دخوله بنفسه ودخوله محمولا واحداً

ومنهم من قال لا يحنث قولا واحداً ، لأن الفعل إنما ينسب اليه ، إما بفعله حقيقة أو بفعل غيره بأمره مجازا ، وههنا لم يوجد واحد منهما فلم يحنث

(الشرح) الحين الوقت ، والدهر الأمد الممدود ، وقيل الدهر ألف سنة ، قال ابن سيدة : وقد حكى فيه الدَهَر بفتح الهاء ، فإما أن يكون الدهْر والدهَر لغتين كما ذهب اليه البصريون فى هذا النحو فيقتصر على ما سمع منه ، وإما أن يكون ذلك لمكان حروف الحلق فيطرد فى كل شيء ، كما ذهب اليه الكوفيون . قال أبو النجم :

وَجبلا طال مُعَداً فاشمخر أشمَّ لا يسطيعُه الناس الدهَر

قال ابن سيده : وجمع الدهر دُهر ودهور . وكذلك جمع الدهر ، لأنا لم نسمع أدهارا ، ولا سمعنا فيه جمعاً الا ما قدمنا من جمع دهر دهر . فأما قوله صلى الله عليه وسلم « لا تسبوا الدهر فإن الله هو الدهر » فمعناه أن ما أصابك من الدهر فالله فاعله ليس الدهر ، فإذا شتمت به الدهر فكأنك أردت به الله . قال الجوهرى : لأنهم كانوا يضيفون النوازل إلى الدهر ، فقيل لهم « لا تسبوا فاعل ذلك بكم فإن ذلك هو الله تعالى » وفى رواية « فإن الدهر هو الله تعالى »

قال الأزهرى ، قال أبو عبيد . قوله « فإن الله هو الدهر » مما لا ينبغى لأحد من أهل الاسلام أن يجهل وجهه ، وذلك أن المعطلة يحتجون به على المسلمين ، قال ورأيت بعض من يتهم بالزندقة والدهرية يحتج بهذا الحديث ويقول ، ألا تراه يقول فإن الله هو الدهر ؟ قال فقلت وهل كان أحد يسب الله فى آباد الدهر وقد قال الاعشى فى الجاهلية

استأثر الله بالوفاء وبالـ ... حمد وولى الملامة الرجلا

وقال الازهرى ، قال الشافعى الحين يقع على مدة الدنيا ؛ ويوم قال ونحن لا نعلم للحين غاية ، وكذلك زمان ودهر وأحقاب . ذكر هذا فى كتاب الايمان حكاه المزنى فى مختصره عنه . وقال شمر الزمان والدهر واحد وأنشد

إن دهرا يلف حبلى بجمل ... لزمان يهم بالاحسـان

فعارض شمراً خالد بن يزيد وخطأه فى قوله « الزمان والدهر واحد » وقال الزمان زمان الرطب والفاكهة وزمان الحر وزمان البرد ، ويكون الزمان شهرين إلى ستة أشهر والدهر لا ينقطع .

قال الازهرى الدهر يقع عند العرب على بعض الدهر الاطول ، ويقع على مدة الدنيا كلها . قال وقد سمعت غير واحد من العرب يقول أقمنا على ماء كذا وكذا دهرا ، دارنا التى حللنا بها تحملنا دهرا . وإذا كان هذا هكذا جاز أن يقال الزمان والدهر واحد فى معنى دون معنى ، قال والسنة عند العرب أزمنة ، ربيع وقيظ وخريف وشتاء ، ولا يجوز أن يقال الدهر أربعة أزمنة ، فهما يفترقان

وروى الازهرى بسنده عن أبى بكر رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « ألا ان الزمان قد استدار كهيئته يوم خلق الله السموات والارض السنة إثنا عشر شهرا أربعة منها حرم ، ثلاثة منها متواليات ذو القعدة وذو الحجة والمحرم ورجب مفرد » قال الازهرى أراد بالزمان الدهر .

وقوله « ماء حب » الحب الخابية فارسى معرب وهو السرداب

أما الاحكام فإنه إذا حلف ألا يكلمه حينا فإنه يبر بأدنى زمن ، لأنه لا قدر له ، ولأنه اسم مبهم يقع على القليل والكثير . قال تعالى « ولتعلمن نبأه بعد حين »

قيل أراد يوم القيامة . وقال (هل أتى على الإنســـان حين من الدهر ؟) وقال تعالى (فذرهم فى غمرتهم حتى حين) وقال (حين تمسون وحين تصبحون) ويقال منذ حين وإن كان أتاه من ساعة . وبهذا قال أبو ثور

وقال أحمد : إذا حلف لا يكلمه حيناً — فإن قيد ذلك بلفظه أو بنيته بزمن — تقيد به . وإن أطلقه انصرف إلى ستة أشهر . روى ذلك عن ابن عباس ، وهو قول أصحاب الرأى .

وقال مجاهد والحكم وحماد ومالك « هو سنة » لقوله تعالى (تؤتى أكلها كل حين بإذن ربها) أى كل عام

وقال عكرمة وسعيد بن جبير وأبو عبيد فى قوله تعالى « تؤتى أكلها كل حين » إنه ستة أشهر ، فيحمل مطلق كلام الآدمى على مطلق كلام الله تعالى . فإن حلف لا يكلمه حقباً ، فإنه ينصرف إلى أدنى زمان كالحين ، وبه قال القاضى من أصحاب أحمد . وقال أكثر أصحابه وفيهم ابن قدامة: إن حلف لا يكلمه حقباً فذلك ثمانون عاماً ، لما روى عن ابن عباس أنه قال فى تفسير قوله تعالى « لابثين فيها أحقاباً » الحقب ثمانون سنة .

وفى قوله تعالى عن موسى « أو أمضى حقباً » ما يجعل كونه ثمانين سنة بعيداً لأن موسى لم يعش بعد هذا مثل هذا القدر ، فضلا عن مضاعفته أضعافاً كثيرة « حقباً »

إذا ثبت هذا فإنه إذا حلف لا يكلمه زمناً أو وقتاً أو دهراً أو عمراً أو ملياً أو طويلا أو بعيدا أو قريبا بر بالقليل والكثير. وبه قال أبو الخطاب من الحنابلة لأن هذه الأسماء لا حد لها فى اللغة ، وتقع على القليل والكثير ، فوجب حمله على أقل ما يتناوله اسمه ، وقد يكون القريب بعيدا بالنسبة لما هو أقرب منه ، وقريبا بالنسبة لما هو أبعد منه ، ولا يجوز التحديد بالتحكم ، وإنما يصار اليه بالتوقيف ولا توقيف ههنا ، فيجب حمله على اليقين وهو أقل ما يتناوله الاسم . وقال ابن أبى موسى : الزمان ثلاثة أشهر . وقال طلحة العاقولى : الحين والزمان والعمر واحد ، لأنهم لا يفرقون فى العادة بينهما ، والناس يقصدون بذلك التبعيد فلو حمل على القليل حمل على خلاف قصد الحالف

وقال فى بعيد وملىّ وطويل : هو أكثر من شهر ، وهذا قول أبى حنيفة ؛ لأن ذلك ضد القليل قال : ولا يجوز حمله على ضده ، ولو حمل العمر على أربعين سنة كان حسناً لقوله تعالى مخبراً عن نبيه « فقد لبثت فيكم عمراً من قبله » وكان أربعين سنة ولان العمر فى الغالب لا يكون إلا مدة طويلة فلا يحمل على خلاف ذلك

(فرع) إذا حلف لا يكلمه الدهر أو الأبد أو الزمان كذلك على الأبد ، لان ذلك بالالف واللام وهى للاستغراق فتقتضى الدهر كله .

(مسألة) إذا حلف لا يستخدم فلاناً فخدمه وهو ساكت لم يأمره ولم ينهه لم يحنث ، لانه حلف على فعل نفسه ، ولا يحنث على فعل غيره كسائر الافعال ، وقال أبو حنيفة : إذا كان خادمه حنث ، وإن كان خادم غيره لم يحنث ، وبه قال القاضى من أصحاب أحمد ، لان خادمه يخدمه بحكم استحقاقه ذلك عليه ، فيكون معنى يمينه : لأمنعنك خدمتى ، فإذا لم ينهه لم يمنعه فيحنث وخادم غيره بخلافه ، وقال أبو الخطاب : يحنث فى الحالين لأن إقراره على الخدمة استخدام ، ولهذا يقال فلان يستخدم عبده إذا خدمه وإن لم يأمره ، ولأن ما حنث به فى خادمه حنث به فى غيره كسائر الاشياء .

(مسألة) مضى كلامنا فيمن حلف على شيئين أو أكثر ففعل بعض ذلك هل يحنث ؟ وشرحنا الخلاف فى ذلك كمن حلف لا يأكل طعاماً اشتراه زيد فأكل طعاماً اشتراه زيد وعمرو لا يحنث ، وقال أحمد وأبو حنيفة ومالك يحنث ، فإن حلف لا يلبس من غزل فلانة فلبس ثوباً من غزلها وغزل غيرها حنث ، وبه قال أحمد ، وإن حلف لا يلبس ثوباً من غزلها فلبس من غزلها وغزل غيرها فإنه لا يحنث ، وهو قول أبى حنيفة وإحدى الروايتين عن أحمد ، لأنه لم يلبس ثوباً كاملا من غزلها ، أما فى الطعام فعلى وجهين مضيا فى الفصول آنفا .

(مسألة) إذا حلف لا يدخل داراً فحمل فأدخلها باختياره حنث ، فإن لم يكن باختياره ولم يمكنه الامتناع لم يحنث ، نص عليه أحمد فى رواية أبى طالب ، وهو قول أبى ثور وأصحاب الرأى ولا نعلم فيه خلافا ، وذلك لأن الفعل غير حاصل منه ولا منسوب اليه ، وإن حمل بأمره فأدخلها حنث ، لانه دخلها مختاراً

فأشبه ما لو دخلها راكباً وان حمل بغير أمره ولكنه أمكنه الامتناع فلم يمتنع حنث أيضاً لأنه دخلها غير مكره فأشبه ما لو حمل بأمره ، فإن أكره بالضرب ونحوه على دخولها فدخلها لم يحنث فى أحد القولين عندنا ، وهو أحد الوجهين عند أصحاب أحمد .

(والقول الثانى) يحنث وهو الوجه الثانى عند الحنابلة ، وهو قول أصحاب الرأى ونحوه قول النخعى لأنه فعل ما حلف على تركه ودخلها . ووجه الأول قول النبى صلى الله عليه وسلم « رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » ولانه دخلها مكرها فأشبه ما لو حمل مكرها .

إذا ثبت هذا : فإنه إذا حلف أن لا يشترى شيئاً أو لا يضرب فلاناً فوكل فى الشراء والضرب ، ففى قول أنه يحنث . والصحيح أنه لا يحنث إلا اذا نوى بيمينه أن لا يستنيب أو يكون ممن لم تجر عادته بمباشرته ، لأن اطلاق اضافة الفعل يقتضى مباشرته بدليل أنه لو وكله فى البيع لم يجز للوكيل توكيل غيره ، وان حلف لا يبيع ولا يضرب فأمر من فعله — فإن كان ممن يتولى ذلك بنفسه لم يحنث . وان كان ممن لا يتولاه كالسلطان ، ففيه قولان .

وقال أحمد ومالك وأبو ثور ان حلف لا يفعل شيئاً فوكل من فعله حنث الا أن ينوى مباشرته بنفسه .

(فرع) ان حلف لا يحلق رأسه فأمر من حلقه فقيل لنا فيه قولان ، وقيل يحنث قولا واحداً . وقال أصحاب الرأى ان حلف لا يبيع فوكل غيره لم يحنث . وان حلف لا يضرب ولا يتزوج فوكل غيره حنث .

وقال أحمد : ان الفعل يطلق على من وكل فيه وأمر به فيحنث به كما لو كان ممن لا يتولاه بنفسه وكما لو حلف لا يحلق رأسه فأمر من حلقه ، أو لا يضرب فأمر من ضرب عند أبى حنيفة ، وقد قال تعالى « ولا تحلقوا رءوسكم حتى يبلغ الهدى محله » وقال « محلقين رءوسكم ومقصرين » وكان هذا متناولا للاستنابة فيه ولان المحلوف عليه وجد من نائبه فحنث به كما لو حلف لا يدخل داراً فأمر من حمله اليها فإذا نوى بيمينه المباشرة للمحلوف عليه أو كان سبب يمينه يقتضيها أو قرينة حاله تخصص بها لان اطلاقه يقيد بنيته .

قال المصنف رحمه الله تعالى

﴿ فصل ﴾ وان حلف ليأكلن هذا الرغيف غداً فأكله من الغد بر فى يمينه ، لأنه فعل ماحلف على فعله ، وان ترك أكله فى الغد حتى انقضى حنث لأنه فوت المحلوف عليه باختياره ، وان أكل نصفه فى الغد حنث لانه قدر على أكل الجميع ولم يفعل ، وان أكله فى يومه حنث لانه فوت المحلوف عليه باختياره فحنث كما لو ترك أكله حتى انقضى الغد ، وان تلف الرغيف فى يومه أو فى الغد قبل أن يتمكن من أكله ففيه قولان كالمكره ، وان تلف من الغد بعد ما تمكن من أكله ففيه طريقان ، من أصحابنا من قال يحنث قولا واحداً ، لانه فوته باختياره .

ومنهم من قال فيه قولان لان جميع الغد وقت للأكل فلم يكن تفويته بفعله فإن حلف ليقضينه حقه عند رأس الشهر مع رأس الشهر فقضا. قبل رؤية الهلال حنث لانه فوت القضاء باختياره ، وان رأى الهلال ومضى زمان أمكنه فيه القضاء فلم يقضه حنث ، لأنه فوت القضاء باختياره ، وان أخذ عند رؤية الهلال فى كيله وتأخر الفراغ منه لكثرته لم يحنث ، لأنه لم يترك القضاء ، وان أخر عن أول ليلة الشك ثم بان أنه كان من الشهر ففيه قولان كالناسى والجاهل .

وان قال : والله لأقضين حقه الى شهر رمضان فلم يقضه حتى دخل الشهر حنث ، لانه ترك ما حلف على فعله من غير ضرر ،

وان قال والله لاقضين حقه الى أول الشهر ، فقد اختلف أصحابنا فيه ، فنهم من قال حكمها حكم ما لو قال والله لأقضين حقه الى رمضان ، لأن لفظ « الى » للحد والغاية ، وان أخر القضاء حتى دخل الشهر حنث .

وقال أبو اسحاق حكمها حكم ما لو قال والله لأقضين حقه عند رأس الشهر وهو ظاهر النص ، وان قضاه قبل رؤية الهلال حنث ، وان رأى الهلال ومضى وقت يمكن فيه القضاء ثم قضاه حنث ، لان « الى » قد تكون للغاية كقوله عز وجل « ثم أتموا الصيام الى الليل » وقد تكون بمعنى « مع » كقوله تعالى « من أنصاري الى الله » والمراد به مع الله ؛ وكقوله عز وجل « وأيديكم الى المرافق »

والمراد به مع المرافق ، فلما احتمل أن تكون للغاية ، واحتمل أن تكون للمقارنة لم يجز أن نحنثه بالشك ، ويخالف قوله : والله لأقضين حقه إلى رمضان ، لانه لا يحتمل أن تكون للمقارنة ، لانه لا يمكن أن يقارن القضاء فى جميع شهر رمضان فجعلناه للغاية .

(الشرح) قوله وإن أكله فى يومه حنث ، وهذا صحيح كمن حلف أن يقضيه حقه فى وقت فقضاه قبله فإنه يحنث ، لأنه ترك ما حلف عليه مختاراً فحنث كما لو قضاه بعده ، وقال أحمد وأبو حنيفه ومحمد وأبو ثور فيمن قضاه قبله لا يحنث ، لان مقتضى هذا اليمين تعجيل القضاء قبل خروج الغد ، فإذا قضاه قبله فقد قضى قبل خروج الغد وزاد خيراً .

ولنا أنه لا يبر الا اذا قضاه من الغد فلا يبر بقضائه قبله كما لو حلف ليصومن شعبان فصام رجباً ، وفرق ابن قدامة بين قضاء الحق وغيره كأكل شيء أو شربه أو بيع شيء أو شرائه أو ضرب خادم ونحوه فمتى عين وقته ولم ينو ما يقتضى تعجيله ولا كان سبب يمينه يقتضيه لم يبر الا بفعله فى وقته .

(فرع) اذا فعل بعض المحلوف عليه قبل وقته وبعضه فى وقته لم يبر ؛ لان اليمين فى الإثبات لا يبر فيها الا بفعل جميع المحلوف عليه فترك بعضه فى وقته كترك جميعه الا أن يصرح ألا يجاوز ذلك الوقت أو يقتضى ذلك سببها .

(فرع) اذا حلف ليقضيه دينه عند رأس الهلال أو مع رأسه أو عند رأس الشهر أو مع رأسه فقضاه عند غروب الشمس من ليلة الشهر بر فى يمينه ، وان أخر ذلك مع امكانه حنث ، وان شرع فى عده أو كيله أو وزنه فتأخر القضاء لكثرته لم يحنث ، لانه لم يترك القضاء ، وكذلك اذا حلف ليأكلن هذا الطعام فى هذا الوقت فشرع فى أكله فيه فتأخر الفراغ لكثرته لم يحنث ، لأن أكله كله غير ممكن فى هذا الوقت اليسير ، فكانت يمينه على الشروع فيه فى ذلك الوقت أو على مقارنة فعله لذلك الوقت للعلم بالعجز عن غير ذلك ، ومذهب أحمد بن حنبل فى هذا كله كمذهبنا .

وقوله « الى الليل » الى غاية فإذا كان ما بعدها من جنس ما قبلها فهو داخل

فى حكمه ، كقولك اشتريت المجموع من الأول إلى الثامن عشر ، والمبيع أجزاء المجموع ، فإن الثامن عشر داخل فيها ، بخلاف قولك اشتريت الفدان الى الدار ، فالدار لا تدخل فى المبيع المحدود ، إذ ليست من جنسه ، فشرط الله تعالى تمام الصوم حتى يتبين الليل كما جوز الأكل حتى يتبين النهار

وقوله « إلى المرافق » فقد اختلف الناس فى دخول المرافق فى التحديد ، فقال قوم تدخل لأنها من نوع ماقبلها ، قاله سيبويه وغيره . وقيل لا يدخل المرفقان فى الغسل . وهذا خطأ

وقال بعضهم إن إلى بمعنى مع ، كقولهم « الذود الى الذود إبل » أى مع الذود وقال تعالى « ولا تأكلوا أموالهم إلى أموالكم » فقالت طائفة من المتأخرين إن الى هنا بمعنى مع ، كقوله تعالى « من أنصارى إلى الله » وأنشد العتبى :

يسدّون أبواب القباب بضمّر إلى عنن مستوثقات الأواصر

وقال الحذاق : الى على بابها وهى تتضمن الإضافة ، أى لا تضيفوا أموالهم وتضموها إلى أموالكم

قال المصنف رحمه الله تعالى

﴿ فصل ﴾ وإن كان له على رجل حق فقال له : والله لا فارقتك حتى أستوفى حقى ، ففر منه الغريم لم يحنث الحالف ، وقال أبو على بن أبى هريرة فيه قولان كالقولين فى المكره ، وهذا خطأ ، لأنه حلف على فعل نفسه ولم يوجد ذلك منه ولو قال والله لا فارقتنى حتى أستوفى حقى منك ففارقه الغريم مختاراً ذاكرا لليمين حنث الحالف ، وان فارقه مكرها أو ناسيا ففيه طريقان ، من أصحابنا من قال هى على القولين فى المكره والناسى . ومنهم من قال يحنث الحالف قولا واحدا لأن الاختيار والقصد يعتبر فى فعل الحالف لا فى فعل غيره ، والصحيح هو الاول ، وأنه يعتبر فى فعل من حلف على فعله ، وان كانت اليمين على فعل الحالف اعتبر الاختيار والقصد فى فعله ، وان كانت على فعل غيره اعتبر الاختيار والقصد فى فعله . وان فارقه الحالف لم يحنث ، لأن اليمين على فعل الغريم ولم يوجد منه فعل .

وإن حلف لا يفارقه غريمه حتى يستوفى حقه منه ثم أفلس وفارقه لما يعلم من وجوب إنظار المعسر حنث ، لأنه فعل المحلوف عليه مختاراً ذاكراً لليمين فحنث ، وإن وجب الفعل بالشرع ، كما لو حلف لا رددت عليك المغصوب فرده حنث ، وإن وجب الرد بالشرع ، فإن ألزمه الحاكم مفارقته فعلى قولين

﴿ فصل ﴾ وإن حلف لا يفارقه حتى يستوفى حقه منه فأحاله على غيره أو أبرأه من الدين أو دفع اليه عوضاً عن حقه ، حنث فى اليمين ، لأنه لم يستوف حقه . وإن كان حقه دنانير فدفع اليه شيئا على أنه دنانير فخرج نحاساً فعلى القولين فى الجاهل . وإن قال من عليه الحق والله لا فارقتك حتى أدفع اليك مالك وكان الحق عيناً فوهبها منه فقبله حنث ، لأنه فوت الدفع بقبوله ، وإن كان ديناً فأبرأه منه وقلنا إنه لا يحتاج الابراء إلى القبول على الصحيح من المذهب ، فعلى الطريقين فيمن حلف لا يدخل الدار فحمل اليها مكرها .

(الشرح) إذا قال والله لا فارقتك حتى أستوفى حقى منك فهرب منه لم يحنث وبه قال أحمد .

وقد ذهب الفقهاء فى هذه الصورة إلى عشر مسائل :

١ — أن يفارقه الحالف مختارا فيحنث بلا خلاف ، سواء أبرأه من الحق أو فارقه والحق عليه لأنه فارقه قبل استيفاء حقه منه .

٢ — فارقه مكرها فينظر — فإن حمل مكرها حتى فرق بينهما لم يحنث ، وإن أكره بالضرب والتهديد ففيه طريقان ، فمن أصحابنا من قال هى على القولين فيمن حلف لا يدخل الدار ، فلم يحمل وإنما ضرب حتى دخل على قدميه ، وفصل بعض الحنابلة كأبى بكر فقال : يحنث بالضرب والتهديد ، وفى الناسى تفصيل

٣ ـ هرب منه الغريم بغير اختياره فإنه لا يحنث ، وبهذا قال أحمد فى احدى الروايتين عنه ومالك وأبو ثور وابن المنذر وأصحاب الرأى . وقال أحمد فى الرواية الثانية يحنث لأن معنى يمينه ألا تحصل بينهما فرقة وقد حصلت

دليلنا أنه حلف على فعل نفسه فى الفرقة ، وما فعل ولا فعل باختياره فلم يحنث كما لو حلف لا قمت فقام غيره

٤ — أذن له الحالف في الفرقة ففارقه لا يحنث . وقال الخرقى يحنث . وذلك كمفهوم ابن قدامة ، وفهم القاضى من كلامه أنه لا يحنث لأنه لم يفعل الفرقة التى حلف أنه لا يفعلها

٥ — فارقه من غير اذن ولا هرب على وجه يمكنه ملازمته والمشى معه فلم يفعل فالحكم كالذى قبله .

٦ — قضاه قدر حقه ففارقه ظنا منه أنه وفاه فخرج رديئا أو بعضه فيخرج فى الحنث قولان بناء على الناسى ، ولأحمد روايتين كالقولين (أحدهما) يحنث وهو قول مالك ، لأنه فارقه قبل استيفاء حقه مختاراً (والثانى) لا يحنث ، وهو قول أبى ثور وأصحاب الرأى اذا وجدها زيوفا . وان وجد أكثرها نحاسا فإنه يحنث وان وجدها مستحقة فأخذها صاحبها خرج أيضا على القولين فى الناسى لأنه ظان أنه مستوف حقه فأشبه ما لو وجدها رديئة

وقال أبو ثور وأصحاب الرأى : لا يحنث . وان علم بالحال ففارقه حنث ، لأنه لم يوفه حقه .

٧ — فلسه الحاكم ففارقه نظرت — فإن ألزمه الحاكم فهو كالمكره ، وان لم يلزمه مفارقته لكنه فارقه لعلمه بوجوب مفارقته حنث ، لأنه فارقه من غير إكراه فحنث ، كما لو حلف لا يصلى فوجبت عليه صلاة فصلاها

٨ — أحاله الغريم بحقه ففارقه فإنه يحنث ، وبهذا قال أحمد وأبو ثور . وقال أبو حنيفة ومحمد : لا يحنث لأنه قد برىء اليه منه ، ووجه المذهب عندنا أنه ما استوفى حقه منه بدليل أنه لم يصل اليه شىء ، ولذلك يملك المطالبة به فحنث ، كما لو لم يحله ، فإن ظن أنه قد بر بذلك ففارقه خرج على القولين ، والصحيح أنه يحنث لأن الجهل بحكم الشرع لا يسقط عنه الحنث ؛ كما لو جهل كون هذه اليمين موجبة للكفارة .

فأما ان كانت يمينه لا فارقتك ولى قبلك حق فأحاله به ففارقه لم يحنث لأنه لم يبق له قبله حق . وان أخذ به ضميناأو كفيلا أو رهنا ففارقه حنث بلا اشكال لأنه يملك مطالبة الغريم .

٩ — قضاه عن حقه عوضا عنه ثم فارقه فإنه يحنث لأن يمينه على نفس

الحق وهذا بدله . وقال أبو حنيفة وابن حامد : لا يحنث . وإن كانت يمينه لافارقتك حتى تبرأ من حق ، أو لى قبلك حق لم يحنث وجهاً واحداً ، لأنه لم يبق له قبله حق . وهذا أحد القولين عند أصحاب أحمد .

١٠٠ — وكل وكيلا يستوفى له حقه ، فإن فارقه قبل استيفاء اوكيل حنث لأنه فارقه قبل استيفاء حقه ، وإن استوفى الوكيل ثم فارقه لم يحنث ، لأن استيفاء وكيله استيفاء له يبرأ به غريمه ويصير فى ضمان الموكل

(مسألة) إن قال : لا فارقتنى حتى استوفى حق منك نظرت — فإن فارقه المحلوف عليه مختارا — حنث . وإن أكره على فراقه لم يحنث ، وإن فارقه الحالف مختارا لم يحنث كذا وقد مضى . فإن حلف لا فارقتك حتى أوفيك حقك فأبرأه الغريم منه فهل يحنث ؟ على قولين بناء على المكره بالضرب ، وعند الحنابلة وجهان ، وإن كان الحق عيناً فوهبها له الغريم فقبلها حنث ، لأنه ترك إيفاءها له باختياره ، وإن قبضها منه ثم وهبها إياه لم يحنث ، وان كانت يمينه لا فارقتك ولك قبلى حق لم يحنث اذا أبرأه أو وهب العين له . والفرقة فى هذا كله ما عده الناس فراقاً فى العادة ، وقد مضى فى البيوع والله تعالى أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب كفارة اليمين

إذا حلف بالله تعالى وحنث وجبت عليه الكفارة ، لما روى عبد الرحمن بن سمرة قال ، قال لى رسول الله صلى الله عليه وسلم يا عبد الرحمن بن سمرة لا تسأل الإمارة فإنك ان أعطيتها عن مسألة وكلت اليها ، وان أعطيتها من غير مسألة أعنت عليها ، وان حلفت على يمين فرأيت غيرها خيرا منها فأت الذى هو خير، وكفر عن يمينك »

وان حلف على فعل مرتين بأن قال والله لا دخلت الدار ، والله لا دخلت الدار ، نظرت فإن نوى بالثانى التأكيد لم يلزمه الا كفارة واحدة ، وان نوى الاستئناف ففيه قولان . أحدهما يلزمه كفارتان لأنهما يمينان بالله عز وجل ،

فتعلق بالحنث فيهما كفارتان . كما لو كانت على فعلين (والثانى) تجب كفارة واحدة وهو الصحيح . لأن الثانية لا تفيد الا ما أفادت الاولى فلم يجب أكثر من كفارة ، كما لو قصد بها التأكيد . وان لم يكن له نية فإن قلنا انه اذا نوى الاستئناف لزمته كفارة واحدة فهمنا أولى . وان قلنا هناك تجب كفارتان فنى هذا قولان بناء على القولين فيمن كرر لفظ الطلاق ولم ينو .

(فصل) والكفارة اطعام عشرة مساكين أو كسوتهم أو تحرير رقبة . وهو مخير بين الثلاثة . والدليل عليه قوله تعالى « لا يؤاخذكم الله باللغو فى أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان فكفارته اطعام عشرة مساكين من أوسط ماتطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة » فإن لم يقدر على الثلاثة لزمه صيام ثلاثة أيام لقوله عز وجل « فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام » فإن كان يكفر بالمال فالمستحب أن لا يكفر قبل الحنث ليخرج من الخلاف . فإن أبا حنيفة لا يجيز تقديم الكفارة على الحنث .

وان أراد أن يكفر بالمال قبل الحنث نظرت - فإن كان الحنث بغير معصية - جاز تقديم الكفارة لأنه حق مال يتعلق بسببين يختصانه . فإذا وجد أحدهما جاز تقديمه على الآخر كالزكاة قبل الحول . وان كان الحنث بمعصية ففيه وجهان أحدهما يجوز لما ذكرناه . والثانى لا يجوز لأنه يتوصل به الى معصية

واختلف أصحابنا فى كفارة الظهار قبل العود . وكفارة القتل بعد الجرح وقبل الموت . فمنهم من قال فيه وجهان كما قلنا فى اليمين على معصية . ومنهم من قال يجوز لأنه ليس فيه توصل الى معصية . وان كان يكفر بالصوم لم يجز قبل الحنث لأنها عبادة تتعلق بالبدن لا حاجة به الى تقديمها . فلم يجز تقديمها على الوجوب كصوم رمضان .

(فصل) ان أراد أن يكفر بالعتق لم يجز الا بما يجوز فى الظهار وقد بيناه . وان أراد أن يكفر بالاطعام أطعم كل مسكين مداً كما يطعم فى الظهار وقد بيناه .

(الشرح) حـــديث عبد الرحمن بن سمرة أخرجه البخاري فى النذور عن أبى النعمان وفيه « ولا تحلفوا بالطواغى ولا بآبائكم » وفى الأحكام عن حجاج ابن منهال وعن أبى معمر . وفى الكفارات عن محمد بن عبد الله . وأخرجه مسلم فى الأيمان والنذور عن شيبان بن فروخ وعن أبى بكر بن أبى شيبة وفى المغازى عن شيبان . وأخرجه أبو داود فى الايمـان والنـذور عن محمـد بن الصباح . وأخرجه الترمذى فى الأيمان والنذور عن محمد بن عبد الأعلى . وأخرجه النسائى فى الأيمان والنذور عن عمرو بن على وعن محمد بن عبدالاعلى وعن محمد بن يحيي وعن زياد بن أيوب . وعن أحمد بن سليمان وعن محمد بن قدامة . وأخرجه ابن ماجه فى الكفارات عن أبى بكر بن أبى شيبة .

وللحديث طرق عن غير عبد الرحمن بن سمرة بمعناه عن عدى بن حاتم عند مسلم بلفظ « من حلف على يمين فرأى غيرها خيراً منها فليكفرها وليأت الذى هو خير » وفى لفظ « من حلف على يمين فرأى غيرها خيراً منها فليأت الذى هو خير وليكفر عن يمينه » رواه مسلم وأحمد والنسائى وابن ماجه

وعن أبى هريرة عند أحمد ومسلم والترمذى وصححه بلفظ « من حلف على يمين فرأى غيرها خيراً منها فليكفر عن يمينه وليفعل الذى هو خير » وفى لفظ لمسلم « فليأت الذى هو خير وليكفر عن يمينه »

وعن أبى موسى مرفوعا عند أحمـد والبخارى ومسلم بلفظ « لا أحلف على يمين فأرى غيرها خيراً منها إلا أتيت الذى هو خير وتحللتها » وفى لفظ « إلا كفرت عن يمينى وفعلت الذى هو خير » وفى لفظ « إلا أتيت الذى هو خير وكفرت عن يمينى »

وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عند النسـائى وأبى داود مرفوعا « لا نذر ولا يمين فيما لا تملك ولا فى معصية ولا فى قطيعة رحم »

وقال أبو داود . الأحاديث كلها عن النبى صلى الله عليه وسلم « وليكفر عن يمينه إلا ما لا يعبأ به »

وقال الحافظ بن حجر فى الفتح . ورواته — يعنى حديث عمرو بن شعيب — لا بأس بهم ، لكن اختلف فى سنده على عمرو ، وفى بعض طرقه عند أبى داود « ولا فى معصية »

أما الأحكام فإن الأصل فى كفارة اليمين الكتاب والسنة والإجماع . أما الكتاب فقول الله تعالى « لا يؤاخذكم الله باللغو فى أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم » وأما السنة فما مضى آنفاً من أحاديث عبد الرحمن بن سمرة وغيره من الصحابة . وقد أجمع المسلمون على مشروعية الكفارة فى اليمين بالله تعالى ، والاحاديث دالة على أن الحنث فى اليمين أفضل من التمادى إذا كان فى الحنث مصلحة ، ويختلف باختلاف حكم المحلوف عليه . فإن حلف على فعل واجب أو ترك حرام فيمينه طاعة والتمادى مستحب والحنث معصية ، والعكس بالعكس

وان حلف على فعل نفل فيمينه طاعة والتمادى مستحب والحنث مكروه . وان حلف على ترك مندوب فبعكس الذى قبله . وإن حلف على فعل مباح فإن كان يتجاذبه رجحان الفعل أو الترك ، كما لو حلف لا يأكل طيبا ولا يلبس ناعما فيه عندنا خلاف .

قال ابن الصباغ فى الشامل — وصوبه المتأخرون — إن ذلك يختلف باختلاف الأحوال . وإن كان مستوى الطرفين فالاصح أن التمادى أولى لأنه قال « فليأت الذى هو خير » واختلف الائمة هل تتقدم الكفارة الحنث أم تأتى بعده ؟ فاستدل القائلون بوجوب الكفارة قبل الحنث بقوله صلى الله عليه وسلم « فكفر عن يمينك ثم ائت الذى هو خير » وهذه الرواية صححها الحافظ فى بلوغ المرام ، وأخرج نحوها أبو عوانة فى صحيحه . وأخرج الحاكم عن عائشة نحوها

وأخرج الطبرانى من حديث أم سلمة بلفظ « فأت الذى هو خير وكفر » لأن الواو لا تدل على الترتيب إنما هى لمطلق الجمع ، على أن الواو لو كانت تفيد ذلك لكانت الرواية التى بعدها « فكفر عن يمينك وائت الذى هو خير » تخالفها وكذلك بقية الروايات التى حرصنا على إثباتها هنا

قال ابن المنذر . رأى ربيعة والاوزاعى ومالك والليث وسائر فقهاء الامصار غير أهل الرأى أن الكفارة تجزى قبل الحنث ، إلا أن الشافعى استثنى الصيام فقال لا يجزى الا بعد الحنث

وقال أصحاب الرأى « لا تجزى الكفارة قبل الحنث » وعن مالك روايتان .

ووافق الحنفية أشهب المالكى وداود الظاهرى ، وخالفه ابن حزم ، واحتج الطحاوى لأبى حنيفة بقوله تعالى (ذلك كفارة أيمانكم إذا حلفتم) فإن المراد إذا حلفتم فحنثتم .

وقال القرطبي : اختلف العلماء فى تقديم الكفارة على الحنث هل تجزى أم لا؟ — بعد إجماعهم على أن الحنث قبل الكفارة مباح حسن ، وهو عندهم أولى — على ثلاثة أقوال (أحدها) يجزى مطلقاً ، وهو مذهب أربعة عشر من الصحابة وجمهور الفقهاء وهو مشهور مذهب مالك .

وقال أبو حنيفة وأصحابه : لا يجزى بوجه ، وهى رواية أشهب عن مالك . ثم ذكر وجه الجواز فأتى بحديث أبى موسى ، ثم ذكر وجه المنع فساق حديث عدى بن حاتم .

والقول الثالث وهو قول الشافعى « تجزىء بالإطعام والكسوة ولا تجزىء بالصوم ، لأن عمل البدن لا يقدم قبل وقته ، ويجزىء فى غير ذلك ككفارة الظهار قبل العود ، وكفارة القتل بعد الجرح وقبل الموت على أحد الوجهين عند أصحابنا . وقال الحافظ بن حجر فى الفتح وأولى من ذلك أن يقال التقدير أعم من ذلك فليس أحد التقديرين بأولى من الآخر .

واحتجوا أيضاً بأن ظاهر الآية أن الكفارة وجبت بنفس اليمين ورده من أجازها بأنها لو كانت بنفس اليمين لم تسقط عمن لم يحنث اتفاقاً ، واحتجوا أيضا بأن الكفارة بعد الحنث فرض وإخراجها قبله تطوع ، فلا يقوم التطوع مقام المفروض ، هكذا أفاده الشوكانى فى النيل .

وقال القاضى عياض ، اتفقوا على الكفارة لا تجب إلا بالحنث ، وأنه يجوز تأخيرها بعد الحنث . اه

واستحب مالك والأوزاعى والثورى تأخيرها بعد الحنث ، وهو مذهبنا كما أثبته المصنف ، وقال القاضى عياض ومنع بعض المالكية تقديم كفارة الحنث فى المعصية لأن فيه إعانة على المعصية ، ورده الجمهور

قال ابن المنذر ، واحتج الجمهور بأن اختلاف ألفاظ الأحاديث لا يدل على تعين أحد الأمرين ، والذى يدل عليه أنه أمر الحالف بأمرين ، فإذا أتى بهما

جميعاً فقد فعل ما أمر به ، وإذا دل الخبر على المنع فلم يبق إلا طريق النظر ، فاحتج للجمهور بأن عقد اليمين لما كان يحله الاستثناء وهو كلام ، فلأن تحله الكفارة وهي فعل مالي أو بدني أولى ، ويرجح قولهم أيضاً بالكثرة . وذكر القاضي عياض أن عدة من قال بجواز تقديم الكفارة أربعة عشر صحابيا وتبعهم فقهاء الأمصار إلا أبا حنيفة .

قال الشوكاني ان المتوجه العمل برواية الترتيب المدلول عليه بلفظ ثم ، ولولا الاجماع المحكي على جواز تأخير الكفارة عن الحنث لكان ظاهر الدليل أن تقديم الكفارة واجب . وقال المازري للكفارة ثلاث حالات ، أحدها قبل الحلف فلا تجزيء اتفاقاً . ثانيها بعد الحلف والحنث فتجزيء اتفاقاً . ثالثها بعد الحلف وقبل الحنث ففيها الخلاف .

وقد وقع في حديث عدي بن حاتم عند مسلم ما يوهم أن فعل الذي هو خير كفارته ، فإنه أخرجه بلفظ « من حلف على يمين فرأى غيرها خيراً منها فليأت الذي هو خير وليترك يمينه» هكذا أخرجه من وجهين ولم يذكر الكفارة ، ولكن أخرجه من وجه آخر بلفظ « فرأى غيرها خيراً منها فليكفرها وليأت الذي هو خير » ومداره في الطرق كلها على عبد العزيز بن رفيع عن تميم بن طرفة عن عدي والذي أتى بالزيادة حافظ ، وزيادة الحافظ معتمدة

وقوله « من أوسط ما تطعمون » هو المتوسط ما بين قوت الشدة والسعة وقد أخرج ابن ماجه عن سفيان بن عيينة عن سليمان بن أبي المغيرة عن سعيد بن جبير عن ابن عباس قال « كان الرجل يقوت أهله قوتاً فيه سعة ، وكان الرجل يقوت أهله قوتا فيه شدة فنزلت (من أوسط ما تطعمون أهليكم)

وقد ذكر الله تعالى في الكفارة الخلال الثلاث فخير فيها وعقّب عند عدمها بالصيام ، وبدأ بالطعام لأنه كان الأفضل في بلاد الحجاز لغلبة الحاجة اليه وعدم شبعهم ، ولا خلاف في أن كفارة اليمين على التخيير

قال ابن عباس ما كان في كتاب الله (أو) فهو مخير فيه ، وما كان (فمن لم يجد) فالأول الاول . هكذا ذكره الإمام أحمد في التفسير . قال القاضي ابن العربي ، والذي عندي أنها تكون بحسب الحال ، فإن علمت محتاجا فالطعام

أفضل ، لأنك إذا أعتقت لم تدفع حاجتهم وزدت محتاجا حادى عشر اليهم . وكذلك الكسوة تليه ولما علم الله الحاجة بدأ بالمقدم . اه

وقوله تعالى (إطعام عشرة مساكين) الذى عندنا أنه يجب تمليك المساكين ما يخرج لهم ودفعه اليهم حتى يتملكوه ويتصرفوا فيه ، لقوله تعالى (وهو يُطعِم ولا يُطعَم) وفى الحديث « أطعم رسول الله صلى الله عليه وسلم الجد السدس » وقال أبو حنيفة : لو غداهم وعشاهم جاز . وهو اختيار ابن الماجشون من المالكية الذى قال : إن التمكين من الإطعام إطعام . قال تعالى (ويطعمون الطعام على حبه مسكينا ويتيما وأسيراً) فبأى وجه أطعمه دخل فى الآية

وفى قدر الإطعام خلاف ، فعندنا وعند مالك وأهل المدينة مدٌّ لكل واحد من المساكين العشرة إن كان بمدينة رسول الله صلى الله عليه وسلم . قال سليمان ابن يسار : أدركت الناس وهم إذا أعطوا فى كفارة اليمين أعطوا مداً من حنطة بالمد الاصغر ، ورأوا ذلك مجزئا عنهم ، وهو قول ابن عمر وابن عباس وزيد بن ثابت ، وبه قال عطاء بن أبى رباح ، واختلف إذا كان بغيرها . وقد سبق لنا فى كفارة الظهار بيان مقدار ما يعطى كل مسكين وجنسه فارجع اليه .

أما قوله تعالى (من أوسط ما تطعمون أهليكم) روى أحمد فى كتاب التفسير بإسناده عن ابن عمر قال « الخبز واللبن » وفى رواية عنه قال « الخبز والتمر والخبز والزيت والسمن » وقال أبو رزين « خبز وزيت وخل » وقال الاسود بن يزيد « الخبز والتمر » وعن على « الخبز والتمر ، الخبز والسمن ، الخبز واللحم .

وعن ابن سيرين قال : كانوا يقولون أفضله الخبز واللحم . وأوسطه الخبز والسمن وأخسه الخبز والتمر

(قلت) لا يجزىء عندنا شىء من هذا كما مضى فى كفارة الظهار وكفارة الصوم ، حيث لا يجزىء دقيق ولا خبز ولا سويق ، لأنه خرج عن حالة الكمال والادخار ولا يجزىء فى الزكاة فلم يجزىء فى الكفارة كالقيمة ، وقال ابن القاسم يجزئه المد بكل مكان

وقال ابن المواز « أفتى ابن وهب بمصر بمد ونصف ، وأشهب بمد وثلث » قال وان مداً وثلثا لوسط من عيش الامصار فى الغداء والعشاء .

وقال أبو حنيفة « يخرج من البر نصف صاع ، ومن التمر والشعير صاعا على حديث عبد الله بن ثعلبة بن صعير عن أبيه قال ، قام رسول الله صلى الله عليه وسلم خطيبا فأمر بصدقة الفطر صاع من تمر أو صاع من شعير عن كل رأس أو صاع بر بين اثنين ، وبه أخذ سفيان وابن المبارك

وروى عن على وعمر وابن عمر وعائشة رضى الله عنهم ، وبه قال سعيد بن المسيب وهو قول فقهاء العراق كافة ، لما رواه ابن عباس قال « كفّر رسول الله (ص) بصاع من تمر وأمر الناس بذلك ، فمن لم يجد فنصف صاع من بر من أوسط ما تطعمون أهليكم » أخرجه ابن ماجه . وقال القرطبي ويخرج الرجل مما يأكل قال ابن العربي وقد زلت هنا جماعة من العلماء ، فقالوا انه إذا كان يأكل الشعير ويأكل الناس البر فليخرج مما يأكل الناس ، وهذا سهو بيّن ، فإن المكفر إذا لم يستطع فى خاصة نفسه الا الشعير لم يكلّف أن يعطى لغيره سواء ، وقد قال صلى الله عليه وسلم « صاعا من طعام ؛ صاعا من شعير » ففصل ذكرهما ليخرج كل أحد فرضه مما يأكل ، وهذا مما لا خفاء فيه

وقال مالك إن غدى عشرة مساكين وعشاهم أجزأه ، وقال الشافعى لا يجوز أن يطعمهم جملة واحدة لأنهم يختلفون فى الأكل ، ولكن يعطى كل واحد مداً وروى عن على عليه السلام « لا يجزىء إطعام العشرة وجبة واحدة » يعنى غداء دون عشاء أو عشاء دون غداء ، فإذا لم يجد إلا مسكينا واحدا ردد عليه فى كل يوم تتمة عشرة أيام ، وبهذا قال أحمد وأبو ثور ، وأجاز الاوزاعى دفعها الى واحد ، ويجوز دفعها لأهل بيت شديدى الحاجة عند أبى عبيد

قال المصنف رحمه الله تعالى :

﴿ فصل ﴾ وإن أراد أن يكفر بالكسوة كسا كل مسكين ما يقع عليه اسم الكسوة من قميص أو سراويل أو إزار أو رداء أو مقنعة أو خمار ، لأن الشرع ورد به مطلقا ولم يقدر فحمل على ما يسمى كسوة فى العرف ؛ وهل يجزىء فيه القلنسوة ؟ فيها وجهان

(أحدهما) لا يجزئه لأنه لا يطلق عليه اسم الكسوة (والثانى) أنه يجزئه

وهو قول أبي إسحاق المروزى ، لما روى أن رجلا سأل عمران بن الحصين عن قوله تعالى (أو كسوتهم) قال لو أن وفداً قدموا على أميركم هذا فكساهم قلنسوة قلنسوة ، قلتم قد كسوا ، ولا يجزىء الخف والنعل والمنطقة والتكة ، لأنه لا يقع عليه اسم الكسوة ، ويجزىء الكساء والطيلسان لأنه من الكسوات ، ويجوز ما اتخذ من القطن والكتان والشعر والصوف والخز ، وأما الحرير فإنه إن أعطاه للمرأة أجزأه ، وهل يجوز أن يعطى رجلا ؟ فيه وجهان

أحدهما لا يجزىء لأنه يحرم عليه لبسه

والثانى يجزئه وهو الصحيح ، لأنه يجوز أن يعطى الرجال كسوة النساء ، والنساء كسوة الرجال ، ويجوز فيه الخام والمقصور والبياض والمصبوغ . فأما الملبوس فإنه إن ذهبت قوته لم يجزه ، وإن لم تذهب قوته أجزأه كما تجزئه الرقبة إذا لم تبطل منفعتها ولا تجزئه إذا بطلت منفعتها

﴿ فصل ﴾ وإن أراد أن يكفر بالصيام ففيه قولان

(أحدهما) لا يجوز إلا متتابعاً لأنه كفارة جعل الصوم فيها بدلا عن العتق فشرط فى صومها التتابع ككفارة الظهار والقتل

(والثانى) أنه يجوز متتابعاً ومتفرقا ، لأنه صوم نزل به القرآن مطلقاً فجاز متفرقا ومتتابعاً كالصوم فى فدية الأذى

﴿ فصل ﴾ وإن كان الحالف عبداً فكفارته الصوم ، وإن كان الصوم يضر به لشدة الحر وطول النهار نظرت — فإن حلف بإذن المولى وحنث بإذنه — جاز له أن يصوم من غير إذنه لأنه لزمه بإذنه ، وإن حلف بغير إذنه وحنث بغير إذنه لم يجز أن يصوم إلا بإذنه ، لأنه لزمه بغير إذنه . وإن حلف بغير إذنه وحنث بإذنه جاز أن يصوم بغير إذنه ، لأنه لزمه بإذنه ، وإن حلف بإذنه وحنث بغير إذنه ففيه وجهان

(أحدهما) أنه يجوز أن يصوم بغير إذنه لأنه وجد أحد السببين بإذنه فصار كما لو حلف بغير إذنه وحنث بإذنه

(والثانى) لا يجوز أن يصوم بغير إذنه وهو الصحيح ، لأنه إذا لم يجز أن يصوم ولم يمنعه من الحنث باليمين فلأن لا يجوز وقد منعه من الحنث باليمين أولى

فان كان الصوم لا يضر به كالصوم فى الشتاء ففيه وجهان (أحدهما) أنه يجوز أن يصوم بغير إذنه لأنه لا ضرر عليه (والثانى) أنه كالصوم الذى يضر به على ما ذكرناه لأنه ينقص من نشاطه فى خدمته ، فإن صام فى المواضع التى منعناه من الصوم فيها أجزأه لأنه من أهل الصيام ؛ وإنما منع منه لحق المولى ، فإذا فعل بغير اذنه صح كصلاة الجمعة ، فإن كان نصفه حراً ونصفه عبداً وله مال لم يكفر بالعتق ، لأنه ليس من أهل الولاء ويلزمه أن يكفر بالطعام أو الكسوة . ومن أصحابنا من قال فرضه الصوم ، وهو قول المزنى لأنه ناقص بالرق وهو كالعبد ، والمذهب الأول لأنه يملك المال بنصفه الحر ملكا تاما فأشبه الحر

(الشرح) فى قوله تعالى (أو كسوتهم) قرىء بكسر الكاف وضمها هما لغتان مثل إسوة وأسوة ، وقرأ سعيد بن جبير ومحمد بن السميقع اليمانى (أو كإسوتهم) يعنى كإسوة أهلك . والكسوة فى حق الرجال الثوب الواحد أو كل ما يسمى كسوة عرفا أو أقل ما يقع عليه اسم الكسوة من قميص أو سراويل أو ازار أو رداء أو مقنعة أو عمامة ، وفى القلنسوة وجهان . وذلك ثوب واحد . وبه قال أبو حنيفة والثورى

وقال أحمد : تتقدر الكسوة بما تجزىء الصلاة فيه ، فإن كان رجلا فثوب تجزئه الصلاة فيه ، وان كانت امرأة فدرع وخمار ، وبهذا قال مالك . وممن قال لا تجزئه السراويل الاوزاعى وأبو يوسف . وقال ابراهيم النخعى ثوب جامع. وقال الحسن كل مسكين حلة : ازار ورداء

قال ابن عمر وعطاء وطاوس ومجاهد وعكرمة وأصحاب الرأى : يجزئه ثوب ثوب . ولم يفرقوا بين الرجل والمرأة . وحكى عن الحسن قال تجزىء العمامة . وقال سعيد بن المسيب عباءة وعمامة ، والطيلسان فارسى معرب ثوب يغطى به الرأس والبدن يلبس فوق الثياب

اذا ثبت هذا فإنه يجوز أن يكسوهم من جميع أصناف الكسوة من القطن والكتان والصوف والشعر والوبر والخز ، لأن الله تعالى أمر بكسوتهم ولم يعين فأى جنس كساهم منه خرج به عن العهدة لوجود الكسوة المأمور بها .

ويجوز أن يكسو المرأة حريراً ، ويجوز أن يكسوهم ثياباً مستعملة إلا أن تكون قد بليت وذهبت منفعتها لأنها معيبة فلا تجزىء كالحب المعيب ، وسواء ما أعطاهم مصبوغا أو غير مصبوغ أو خاما أو مقصورا ، لأنه تحصل الكسوة المأمور بها والحكمة المقصودة منها . وبهذا قال أحمد ، إلا فى ثوب الحرير فإنه يجوز أن يعطى الرجل ثوبا من الحرير ، وهو أحد الوجهين عندنا ، وسواء كان ما أعطاهم مصبوغا أو غير مصبوغ ، أو خاماً غير مخيط ، لأنه تحصل الكسوة المأمور بها والحكمة المقصودة . والذين تجزىء كسوتهم هم المساكين الذين يجزىء اطعامهم لأن الله تعالى قال « فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم » فينصرف الضمير الى المساكين لا الى أهليكم ، وقد تقدم الكلام فى المساكين وأصنافهم فى كفارة الصوم

(مسألة) قوله « وان أراد أن يكفر بالصيام الخ » فيؤخذ على المصنف قوله « وان أراد » بصيغة التخيير مع أن الآيه صريحة بالتخيير بين الاطعام أو الكسوة أو التحرير فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام ، وهذا لا خلاف فيه الا فى اشتراط التتابع فى الصوم ففيه قولان

(أحدهما) اشتراطه وهو ظاهر المذهب عند أحمد ، وبه قال النخعى والثورى واسحاق وأبو عبيد وأبو ثور وأصحاب الرأى . وروى نحو ذلك عن علىّ وبه قال عطاء ومجاهد وعكرمة .

والقول الثانى أنه يجوز متتابعاً أو متفرقاً ، وهو رواية عن أحمد حكاها ابن أبى موسى ، وبه قال مالك لأن الأمر بالصوم مطلق ولا يجوز تقييده الا بدليل ولأنه صام الأيام الثلاثة فلم يجب التتابع فيه كصيام المتمتع ثلاثة أيام فى الحج ووجه القول الأول ما ورد فى قراءة أبىّ وعبد الله بن مسعود (فصيام ثلاثة أيام متتابعات) كذلك ذكره الامام أحمد فى التفسير عن جماعة . وهذا ان كان قرآنا فهو حجة لأنه كلام الله الذى لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه . وان لم يكن قرآنا فهو رواية عن النبى صلى الله عليه وسلم ، اذ يحتمل أن يكونا سمعاه من النبى صلى الله عليه وسلم تفسيرا فظناه قرآنا فثبتت له رتبة الخبر ، ولا ينقص عن درجة تفسير النبى صلى الله عليه وسلم للآية .

فعلى هـذا إن أفطرت المرأة لحيض أو مرض ، أو الرجل لمرض لم ينقطع التتابع . وفى أحد القولين عندنا ينقطع فى المرض ولا ينقطع فى الحيض ، وقال أبو حنيفة ينقطع فيهما لأن التتابع لم يوجد وفوات الشرط يبطل به المشروط . وقال أحمد وأبو ثور وإسحاق : كل عذر يبيح الفطر أشبه الحيض فى كفارة القتل فلا يقطع التتابع .

(مسألة) من كانت له دابة يحتاج الى ركوبها أو دار لا غنى له عن سكناها ، أو خادم يحتاج إلى خدمته أجزاه الصيام فى الكفارة . ومن ثم فإن الكفارة انما تجب فيما يفضل عن حاجته الأصلية والسكنى من الحوائج الأصلية وكل ما ذكرنا وبهذا قال أحمد .

وقال أبو حنيفة ومالك : من ملك رقبة تجزى فى الكفارة لا يجزئه الصيام وان كان محتاجا اليها لخدمته . ومثل ذلك من له عقار يحتاج الى أجرته لمؤنته وحوائجه الأصلية أو بضاعة يختل ربحها المحتاج اليه بالتكفير منها أو سائمة يحتاج الى نمائها حاجة أصلية أو أثاث يحتاج اليه أو كتب لا يتيسر له تحصيلها مرة أخرى وأشباه هـذا فله التكفير بالصيام ، لأن ذلك مستغرق لحاجته الاصلية ، فأشبة المعدم .

(فرع) لا يجزئه أن يطعم خمسة مساكين ويكسو خمسة لقوله تعالى (فكفارته اطعام عشرة مساكين من أوسط ماتطعمون أهليكم أو كسوتهم) فوجه الدلالة من وجهين (أحدهما) أنه جعل الكفارة احدى هذه الخصال الثلاث ولم يأت بواحدة منها (الثانى) أن اقتصاره على هذه الخصال الثلاث دليل على انحصار التكفير فيها . وما ذكره القائلون بجواز المزج بينهما من أصحاب أحمد والثورى وأصحاب الرأى من اطعام خمسة وكسوة خمسة انما يشكل خصلة رابعـــة ، وما ذكروه انما هو تلفيق للكفارة من نوعين فأشبه ما لو أعتق نصف عبد وأطعم خمسة أو كساهم ، ولأنه نوع من التكفير فلم يجزئه تبعيضه

(مسألة) اذا دخل فى الصوم ثم أيسر ، أى قدر على العتق أو الاطعام أو الكسوة بعد الشروع فى الصوم لم يلزمه الرجوع اليها ، روى ذلك عن الحسن وقتادة ، وبه قال مالك وأحمد وإسحاق وأبو ثور وابن المنذر . وروى عن النخعى

والحكم أنه يلزمه الرجوع إلى أحدها ، وبه قال الثورى وأصحاب الرأى لأنه قدر على المبـــدل قبل إتمام البدل فلزمه الرجوع كالمتيمم إذا قدر على الماء قبل إتمام صلاته . دليلنا أنه بدل لا يبطل بالقدرة على المبدل فلم يلزمه الرجوع إلى المبدل بعد الشروع فيه ، كما لو شرع المتمتع العاجز عن الهـدى فى صوم السبعة الأيام فإنه لا يخرج بلا خلاف . والدليل على أن البدل لا يبطل أن البدل الصوم وهو صحيح مع قدرته اتفاقا ، وفارق التيمم فإنه يبطل بالقدرة على الماء بعد فراغه منه ولأن الرجوع الى طهارة الماء لا مشقة فيه ليسره ، والكفارة يشق الجمع فيها بين خصلتين ، وإيجاب الرجوع يفضى إلى ذلك

قال المصنف رحمه الله تعالى :

كتاب العدد

إذا طلق الرجل امرأته قبل الدخول والخلوة لم تجب العدة لقوله تعالى (ياأيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها) ولأن العدة تجب لبراءة الرحم ، وقد تيقنا براءة رحمها ، وإن طلقها بعد الدخول وجبت العدة لأنه لما أسقط العدة فى الآية قبل الدخول دل على وجوبها بعد الدخول ، ولأن بعد الدخول يشتغل الرحم بالماء فوجبت العدة لبراءة الرحم . وإن طلقها بعد الخلوة وقبل الدخول ففيه قولان

(أحدهما) لا تجب العدة لما ذكرناه من الآية والمعنى

(والثانى) تجب لأن التمكين من استيفاء المنفعة جعل كالاستيفاء ، ولهذا تستقر به الأجرة فى الاجارة كما تستقر بالاستيفاء ، فجعل كالاستيفاء فى إيجاب العدة .

﴿ فصل ﴾ وان وجبت العدة على المطلقة لم تخل — إما أن تكون حرة أو أمة — فإن كانت حرة نظرت ، فإن كانت حاملا من الزوج اعتدت بالحمل لقوله تعالى (وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن) ولأن براءة الرحم لا تحصل فى الحامل الا بوضع الحمل ، فإن كان الحمل ولداً واحداً لم تنقض العدة حتى ينفصل

جميعه ، وان كان ولدين أو أكثر لم تنقض حتى ينفصل الجميع ، لأن الحمل هو الجميع ، ولأن براءة الرحم لا تحصل الا بوضع الجميع . وان وضعت ما بان فيه خلق آدمي انقضت به العدة ، وان وضعت مضغة لم يظهر فيه خلق آدمي وشهد أربع نسوة من أهل المعرفة أنه خلق آدمي ففيه طريقان

من أصحابنا من قال تنقضي به العدة قولا واحداً . ومنهم من قال فيه قولان وقد بيناه فى عتق أم الولد ، وأقل مدة الحمل ستة أشهر لما روى أنه أتى عثمان رضى الله عنه بامرأة ولدت لستة أشهر فشاور القوم فى رجمها ، فقال ابن عباس رضى الله عنه : أنزل الله عز وجل (وحمله وفصاله ثلاثون شهراً) وأنزل وفصاله فى عامين فالفصال فى عامين والحمل فى ستة أشهر

وذكر القتيبي فى المعارف أن عبد الملك بن مروان ولد لستة أشهر ، وأكثره أربع سنين ، لما روى الوليد بن مسلم قال : قلت لمالك بن أنس : حدثت جميلة بنت سعد عن عائشة رضى الله عنها : لا تزيد المرأة على السنتين فى الحمل . قال مالك : سبحان الله من يقول هذا ؟ هذه جارتنا امرأة محمد بن عجلان تحمل أربع سنين قبل أن تلد . وأقل ما تنقضي به عدة الحامل أن تضع بعد ثمانين يوماً من بعد امكان الوطء ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال : ان أحدكم ليخلق فى بطن أمه نطفة أربعين يوماً ؛ ثم يكون علقة أربعين يوماً ، ثم يكون مضغة أربعين يوماً . ولا تنقضي العدة بما دون المضغة فوجب أن يكون بعد الثمانين

(الشرح) قوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا اذا نكحتم الخ) خاطب الله المؤمنين بحكم الزوجة تطلق قبل البناء ، وبيّن ذلك الحكم للأمة ، فالمطلقة اذا لم تكن ممسوسة لا عدة عليها بنص الكتاب واجماع الامة ، وعلى هذا فإن النكاح فى الآية هنا يطلق على العقد وان كان فى الحقيقة يطلق على الوطء ، وسمى العقد نكاحا لملابسته له من حيث هو طريق اليه ، ولم يرد النكاح فى كتاب الله الا فى معنى العقد لأنه فى معنى الوطء ، وهو من آداب القرآن ، وقد كنى عن الوطء بلفظ الملامسة والمماسة والقربان والتغشي والاتيان

وفى قوله (ثم طلقتموهن) أحكام مضى ذكرها فى الطلاق . وقد استدل

داود الظاهرى ومن قال بقوله أن المطلقة الرجعية إذا راجعها زوجها قبل أن تنقضى عـــدتها ثم فارقها قبل أن يمسها أنه ليس له عليها أن تتم عدتها ولا عدة مستقبلة ، لأنها مطلقة قبل الدخول بها

وقال عطاء بن أبى رباح وفرقة : تمضى فى عدتها من طلاقها الأول ، وهو أحد قولى الشافعى رضى الله عنه ، لأن طلاقه لها إذا لم يمسها فى حكم من طلقها فى عدتها قبل أن يراجعها ، ومن طلق امرأته فى كل طهر مرة بنت ولم تستأنف ، وقال مالك إذا فارقها قبل أن يمسها انها لا تبنى على مامضى من عدتها ، وإنها تنشىء من يوم طلقها عدة مستقبلة ، وقد ظلم زوجها نفسه وأخطأ إن كان ارتجعها ولا حاجة له بها ، وعلى هذا اكثر أهل العلم ، لأنها فى حكم الزوجات المدخول بهن فى النفقة والسكنى وغير ذلك ، ولذلك تستأنف العدة من يوم طلقت ، وهو قول جمهور فقهاء البصرة والكوفة ومكة والمدينة والشام

وقال الثورى : أجمع الفقهاء عندنا على ذلك . قال ابن قدامة : وأجمعوا على أن المطلقة قبل المسيس لا عدة عليها ، لقول الله تعالى (يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم النساء ثم طلقتموهن) الآية

(فرع) هل تجب العــــدة على المطلقة إذا خلا بها ولم يمسها ؟ فيه قولان :
(أحدهما) وهو قوله فى القديم : إن العدة تجب على كل من خلا بها زوجها ولم يصبها ثم طلقها . وبهذا قال أحمد وروى عن الخلفاء الراشدين وزيد بن ثابت وابن عمر ، وبه قال عروة وعلى بن الحسين وعطاء والزهرى والثورى والاوزاعى وإسحاق وأصحاب الرأى .

(الثانى) وهو قوله فى الجديد : لا عدة عليها لقوله تعالى (ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها) وهذا نص ، ولأنها مطلقة لم تمس فأشبهت من لم يخل بها

ووجه القول الاول ما روى أحمد فى مسنده عن زرارة بن أوفى قال : قضى الخلفاء الراشدون أن من أرخى ستراً أو أغلق باباً فقد وجب المهر ووجبت

العدة ، ولأنه عقد على المنافع فالتمكين فيه يجرى مجرى الاستيفاء فى الأحكام المتعلقة به كعقد الاجارة .

(مسألة) إذا كانت المطلقة حرة أو أمة وكانت حاملا من الزوج فقد أجمع أهل العلم فى جميع الأمصار والاعصار أنها تنقضى عدتها بوضع حملها ، وكذلك كل مفارقة فى الحياة ، وأجمعوا أيضا على أن المتوفى عنها زوجها إذا كانت حاملا اجلها وضع حملها إلا ابن عباس ، وسيأتى مزيد

وقد شرعت العدة لمعرفة براءتها من الحمل ووضعه أدل الأشياء على البراءة منه فوجب أن تنقضى العدة ، ولأنه لا خلاف فى بقاء العدة ببقاء الحمل فوجب أن تنقضى به . فإذا كان الحمل واحداً انقضت العدة بوضعه وانفصال جميعه ، وان ظهر بعضه فهى فى عدتها حتى ينفصل باقيه ، لأنها لا تكون واضعة لحملها ما لم يخرج كله ، وان كان الحمل اثنين أو أكثر لم تنقض عدتها إلا بوضع الآخر لأن الحمل هو الجميع . هذا قول عامة أهل العلم إلا أباقلابة وعكرمة فإنهما قالا : تنقضى عدتها بوضع الاول ولا تتزوج حتى تضع الآخر

وذكر ابن أبى شيبة عن قتادة عن عكرمة أنه قال : إذا وضعت أحدهما فقد انقضت عدتها . قيل له فتتزوج ؟ قال لا . قال قتادة خصم العبد

وهذا قول شاذ باتفاق جمهور العلماء ، ويخالف ظاهر الكتاب ، فإن العدة شرعت لمعرفة البراءة من الحمل ، فإذا علم وجود الحمل فقد تيقن وجود الموجب للعدة وانتفت البراءة الموجبة لانقضائها ، ولأنها لو انقضت عدتها بوضع الاول لأبيح لها النكاح كما لو وضعت الآخر ، فإن وضعت ولداً وشكت فى وجود ثان لم تنقض عدتها حتى تزول الريبة ؛ وتتيقن أنها لم يبق معها حمل ، لأن الاصل بقاؤها فلا يزول بالشك

(فرع) الحمل الذى تنقضى به العدة ما يتبين فيه شىء من خلق الانسان حرة كانت أو أمة ، فإذا ألقت المرأة بعد فرقة زوجها شيئاً لم يخل (١) أن يكون ما بان فيه هو الشكل الآدمى من الرأس واليد والرجل ، فهذا تنقضى به العدة بلاخلاف قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن عدة المرأة تنقضى بالسقط اذا علم أنه ولد ، وممن نحفظ عنه ذلك الحسن وابن سيرين وشريح والشعبي

والنخعى والزهرى والثورى ومالك والشافعى وأحمد وإسحاق . وقال أحمد بن حنبل : إذا بان فيه شىء من خلق الآدمى علم بأنه حمل ؛ فيدخل فى عموم قوله تعالى (وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن)

(٢) أن تلقى نطفة أو دماً لا تدرى هل هو ما يخلق منه الآدمى أو لا ؟ فهذا لا يتعلق به شىء من الأحكام ، لأنه لم يثبت أنه ولد لا بالمشاهدة ولا بالبينة

(٣) أن تلقى مضغة لم تبن فيها الخلقة ، فشهد أربع ثقات من القوابل أن فيه صورة خفية بان بها أنه خلقة آدمى ، فهذا فيه طريقان ، من أصحابنا من قال . تنقضى به العدة كالحال الأولى قولا واحداً ، لأنه قد تبين بشهادة أهل المعرفة أنه ولد . والثانى من أصحابنا من قال فيه قولان بينهما المصنف فى عتق أم الولد أحدهما أن عدتها لا تنقضى به ولا تصير أم ولد لأنه لم يبن فيه خلق آدمى فأشبه الدم . والثانى أن عدتها لا تنقضى به ولكن تصير أم ولد لأنه مشكوك فى كونه ولداً ، فلم يحكم بانقضاء العدة المتيقنة بأمر مشكوك فيه .

وعن أحمد روايتان ، إحداهما نقلها الأثرم والأخرى نقلها حنبل كالقولين عندنا (٤) إذا ألقت مضغة لا صورة فيها فشهد أربع من ثقات القوابل أنه مبتدأ خلق آدمى فهو كالذى قبله

(٥) أن تضع مضغة لا صورة فيها ولم تشهد القوابل بأنها مبتدأ خلق آدمى فهذا لا تنقضى به العدة ولا تصير به أم ولد لأنه لم يثبت كونه ولداً ببينة ولا مشاهدة ، فأشبه العلقة ، فلا تنقضى العدة بوضع ما قبل المضغة بحال ، سواء كان نطفة أو علقة ، وسواء قيل إنه مبتدأ خلق آدمى أو لم يقل ؛ فإذا كان علقة فلا تنقضى به العدة بإجماع الفقهاء ما عدا الحسن البصرى فإنه قال : إذا علم أنها حمل انقضت به العدة وفيه الغرة والأصح ما عليه الجمهور

وأقل ما تنقضى به مدة الحمل ستة أشهر ، لأن الله تعالى يقول (وحمله وفصاله ثلاثون شهراً)

قال ابن عباس : إذا حملت تسعة أشهر أرضعت إحدى وعشرين شهرا . وإن حملت ستة أشهر أرضعت أربعة وعشرين شهرا ، وروى أن عثمان قد أتى بامرأة قد ولدت سناحا لستة أشهر فأراد أن يقضى عليها بالحد فقال له على :

ليس ذلك عليها ، قال تعالى (وحمله وفصـــاله ثلاثون شهرا) وقال تعالى (والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين) فالرضاع أربعة وعشرون شهراً والحمل ستة أشهر ، فرجع عثمان ولم يحدها

وقد روى الاثرم بإسناده عن أبى الاسود أنه رفع إلى عمر أن امرأة ولدت لستة أشهر فهمّ عمر برجمها فقال له على « ليس لك ذلك وتلا الآيتين ، فخلى عمر سبيلها ؛ وولدت مرة أخرى لذلك الحد ، ورواه الأثرم أيضا عن عكرمة أن ابن عباس قال ذلك . قال عاصم الاحول فقلت لعكرمة إنا بلغنا أن علياً قال هذا فقال عكرمة « لا » ما قال هذا الا ابن عباس .

وذكر ابن قتيبة فى المعارف أن عبد الملك بن مروان ولد لستة أشهر ، وهذا قول أحمد ومالك وأصحاب الرأى وغيرهم . وسيأتى فى الرضاع مزيد ان شاء الله قال القرطبى لم يعدّ ثلاثة أشهر فى ابتـــداء الحمل ، لأن الولد فيها نطفة وعلقة ومضغة ، فلا يكون له ثقل يُحسُّ به ، وهومعنى قوله تعالى (فلما تغشاها حملت حملا خفيفا فمرت به) والفصال الفطام

وروى أن الآية نزلت فى أبى بكر الصديق ؛ وكان حمله وفصاله ثلاثين شهرا حملته أمه تسعة أشهر وأرضعته إحدى وعشرين شهرا ، وفى الكلام إضمار . أى ومدة حمله ومدة فصاله ثلاثون شهرا ، ولولا هذا الاضمار لنصب ثلاثون على الظرف وتغير المعنى .

وقال أحمد أقل ما تنقضى به العدة من الحمل أن تضعه بعد ثمانين يوماً منذ أمكنه وطؤها ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال « ان خلق أحدكم ليجمع فى بطن أمه فيكون نطفة أربعين يوما ، ثم يكون علقة مثل ذلك ثم يكون مضغة مثل ذلك ولا تنقضى العدة بمادون المضغة فوجب أن تكون بعد الثمانين ، فأما بعد الاربعة اشهر فليس فيه إشكال ، لأنه منكس فى الخلق الرابع

(مسألة) خبر مالك ساقه الذهبى فى الميزان عن ابراهيم بن موسى الفراء . حدثنا الوليد بن مسلم قال ، قلت لمالك انى حدثت عن عائشة انها قالت « لا تحمل المرأة فوق سنتين قدر ظلّ مغزل » فقال مالك سبحان الله من يقول هذا ؟

هذه امرأة ابن عجلان جارتنا امرأة صدق ولدت ثلاث أولاد فى ثنتى عشرة سنة تحمل أربع سنين قبل أن تلد . اه

(قلت) من الغريب أن محمد بن عجلان نفسه حملت به أمه بأكثر من ثلاث سنين ، روى هذا الواقدى ، سمعت عبد الله بن محمد بن عجلان يقول حُمل بأبى بأكثر من ثلاث سنين . وروى العباس بن نصر البغدادى عن صفوان بن عيسى قال ، مكث ابن عجلان فى بطن أمه ثلاث سنين ، فشق بطنها لما ماتت فأخرج وقد نبتت أسنانه . روى هذا المحدث أبو بكر بن شاذان عن عبد العزيز بن أحمد الغافقى المصرى عن العباس

وكان محمد بن عجلان هذا رجلا صالحا تقيا ، اختلف نقاد الرجال فيه ، فقال الحاكم أخرج له مسلم فى كتابه ثلاثة عشر حديثاً كلها شواهد . وقد تكلم المتأخرون من أئمتنا فى سوء حفظه . وقال الذهبى إمام صـــدوق مشهور . روى عن أبيه والمقبرى وطائفة . وعنه مالك وشعبة ويحى القطان . وثقه أحمد وابن معين وابن عيينة وأبو حاتم . وروى عباس عن ابن معين قال ابن عجلان أوثق من محمد ابن عمر . وما يشك أحد فى هذا

وقال البخارى فى ترجمة ابن عجلان فى الضعفاء قال لى على بن أبى الوزير عن عائشة إنه ذكر ابن عجلان فذكر خبراً ، وقال يحى القطان كان مضطرباً فى حديث نافع . وقال البخارى ، قال يحى القطان لا أعلم إلا أنى سمعت ابن عجلان يقول كان سعيد المقبرى يحدث عن أبيه عن أبى هريرة وعن رجل عن أبى هريرة ، فاختلط فجعلهما عن أبى هريرة . كذا فى نسختى بالضعفاء للبخارى . وعندى فى مكان آخر أن ابن عجلان كان يحدث عن سعيد عن أبيه عن أبى هريرة . وعن رجل عن أبى هريرة ، فاختلط عليه فجعلهما عن أبى هريرة

قال المصنف رحمه الله تعالى

﴿ فصل ﴾ فإن كانت المعتدة غير حامل فإن كانت ممن تحيض اعتدت بثلاثة أقراء لقوله عز وجل (والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء) والاقراء هى الأطهار ، والدليل عليه قوله تعالى (فطلقوهن لعدتهن) والمراد به فى وقت

عدتهن كما قال (ونضع الموازين القسط ليوم القيامة) والمراد به فى يوم القيامة والطلاق المأمور به فى الطهر ، فدل على أنه وقت العدة ، وان كان الطلاق فى وقت الحيض كان أول الاقراء الطهر الذى بعده ، فإن كان فى حال الطهر نظرت فإن بقيت فى الطهر بعد الطلاق لحظة ثم حاضت احتسبت تلك اللحظة قرءاً ، لأن الطلاق انما جعل فى الطهر ولم يجعل فى الحيض حتى لا يؤدى الى الاضرار بها فى تطويل العدة ، فلو لم تحسب بقية الطهر قرءاً كان الطلاق فى الطهر أضر بها من الطلاق فى الحيض ، لأنه أطول للعدة ، فإن لم يبق بعد الطلاق جزء من الطهر — بأن وافق آخر لفظ الطلاق آخر الطهر ، أو قال لها أنت طالق فى آخر جزء من طهرك — كان أول الاقراء الطهر الذى بعد الحيض .

وخرج أبو العباس وجها آخر أنه يجعل الزمان الذى صادفه الطلاق من الطهر قرءا ، وهـــذا لا يصح ، لأن العدد لا يكون إلا بعد وقوع الطلاق فلم يجز الاعتداد بما قبله .

وأما آخر العدة فقد روى المزنى والربيع أنها إذا رأت الدم بعد الطهر الثالث انقضت العدة برؤية الدم . وروى البويطى وحرملة أنها لا تنقضى حتى يمضى من الحيض يوم وليلة ؛ فمن أصحابنا من قال هما قولان ، أحدهما تنقضى العدة برؤية الدم ، لأن الظاهر أن ذلك حيض ، والثانى لا تنقضى حتى يمضى يوم وليـــلة لجواز أن يكون دم فساد فلا يحكم بانقضاء العدة . ومنهم من قال هى على اختلاف حالين . فالذى رواه المزنى والربيع فيمن رأت الدم لعادتها فيعلم بالعادة أن ذلك حيض ، والذى رواه البويطى وحرملة فيمن رأت الدم لغير عادة ، لأنه لا يعلم انه حيض قبل يوم وليلة ، وهل يكون مارأته من الحيض من العدة ؟ فيه وجهان (أحدهما) أنه من العدة لأنه لا بد من اعتباره ، فعلى هذا اذا راجعها فيه صحت الرجعة ، وإن تزوجت فيه لم يصح النكاح (والثانى) ليس من العدة لأنا لو جعلناه من العدة لزادت العدة على ثلاثة أقراء ، فعلى هذا اذا راجعها لم تصح الرجعة ، فإن تزوجت فيه صح النكاح

(الشرح) قوله تعالى (يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء) يتربصن ينتظرن . والتربص الانتظار . قال تعالى (فتربصوا فستعلمون) قال ابن بطال ، واختلف

أهل العلم فى الأقراء ، فذهب قوم الى أنها الأطهار ، وهو مذهب الشافعى رحمه الله ، وذهب قوم الى أنها الحيض ، وأهل اللغة يقولون ان القرء يقع على الحيض وعلى الطهر جميعا وهو عندهم من الأضداد ، وأصل القراء الجمع ، يقال قريت الماء فى الحوض جمعته ، فكأن الدم يجتمع فى الرحم ثم يخرج . اه

وقال فى اللسان ، قال أبو عبيد : القرء يصلح للحيض والطهر ، قال وأظنه من أقرأت النجوم إذا غابت والجمع أقراء ، وفى الحديث «دعى الصلاة أيام أقرائك » وقروء على فعول وأقرؤ الأخيرة عن اللحيانى فى أدنى العدد ، ولم يعرف سيبويه أقراءاً ولا أقرؤاً . قال استغنوا عنه بفعول ، وفى التنزيل « ثلاثة قروء » كما قالوا خمسة كلاب يراد خمسة من كلاب . قال الأعشى

مورثة مالا وفى الحى رفعة　　لما ضاع فيها من قروء نسائكا

وقد اختلفت الرواية عن أحمد بن حنبل فروى أنها الحيض ، وهو مروى عن أبى بكر وعمر وعثمان وعلى وابن عباس وسعيد بن المسيب والثورى والاوزاعى والعنبرى واسحاق وأبى عبيد وأصحاب الرأى ، وروى عن أبى موسى وعبادة بن الصامت وأبى الدرداء

والرواية الثانية عن أحمد أن القروء الأطهار ، وهو قول زيد وابن عمر وعائشة وسليمان بن يسار والقاسم بن محمد وسالم بن عبد الله وأبان بن عثمان وعمر ابن عبد العزيز والزهرى ومالك وأبى بكر بن عبد الرحمن الذى قال : ما أدركت أحداً من فقهائنا إلا وهو يقول ذلك .

قال ابن عبد البر : رجع أحمد الى أن القروء الأطهار

قال فى رواية الأثرم : رأيت الأحاديث عمن قال القروء الحيض تختلف ؛ والأحاديث عمن قال إنه أحق بها حتى تدخل فى الحيضة الثالثة أحاديثها صحاح وقوية . واحتج من قال بقول الله (فطلقوهن لعدتهن) أى فى عدتهن ، كقوله تعالى (ونضع الموازين القسط ليوم القيامة) أى فى يوم القيامة ، وإنما أمر بالطلاق فى الطهر لا فى الحيض .

(فرع) لما كانت القروء هي الأطهار عندنا احتسبنا لها بالطهر الذى طلقها فيه قرءاً ، فلو طلقها — وقد بقى من طهرها لحظة — حسبها قرءاً ، وهذا قول كل من قال : القروء الأطهار إلا الزهرى وحده قال : تعتد بثلاثة قروء سوى الطهر الذى طلقها فيه .

وحكى عن أبى عبيد أنه إن كان جامعها فى الطهر لم يحتسب ببقيته لأنه زمن حرم فيه الطلاق فلم يحتسب به من العدة كزمن الحيض .

وقال الحنابلة : القروء الحيض ؛ ولأن النبى صلى الله عليه وسلم قال « لا توطأ حامل حتى تضع ولا حائل حتى تستبرأ بحيضة » ولأن الاستبراء تعرف به براءة الرحم ، وإنما يحصل بالحيضة لا بالطهر الذى قبلها ، ولأن العدة تتعلق بخروج خارج من الرحم فوجب أن تتعلق بالطهر كوضع الحمل يحققه أن العدة مقصودها معرفة براءة المرأة من الحمل ، فتارة تحصل بوضعه وتارة تحصل بما ينافيه وهو الحيض الذى لا يتصور وجوده معه .

ووجه القول بأن المرأة تعتد بالطهر الذى طلقت فيه أن الطلاق حرم فى زمن الحيض دفعاً لضرر تطويل العدة عليها ، فلو لم يحتسب ببقية قرءاً كان الطلاق فى الطهر أضر بها وأطول عليها ، وما ذكر عن أبى عبيد لا يصح ، لأن تحريم الطلاق فى الحيض لكونها لا تحتسب ببقيته فلا يجوز أن نجعل العلة فى عدم الاحتساب تحريم الطلاق فتصير العلة معلولا ، وإنما تحريم الطلاق فى الطهر الذى أصابها فيه لكونها مرتابة ، ولكونه لا يأمن الندم بظهور حملها .

(فرع) إذا انقضت حروف الطلاق مع انقضاء الطهر ، أو قال لها : أنت طالق فى آخر جزء من طهرك ، كان أول الأقراء الطهر الذى بعد الحيض ويكون محرما ولا تحتسب بتلك الحيضة من عدتها ، وتحتاج أن تعتد بثلاث حيضات فى قول الربيع بن سليمان والمزنى عن الشافعى : إذا رأت الدم بعد الطهر الثالث انقضت العدة برؤية الدم ، وفى قوله من رواية البويطى وحرملة أنها لا تنقضى حتى يمضى من الحيض يوم وليلة .

ووجه القول الأول ما رواه الشافعى أخبرنا مالك عن نافع وزيد بن أسلم

عن سليمان بن يسار أن الأحوص بن حكيم هلك بالشام حين دخلت امرأته فى الدم من الحيضة الثالثة فقد برئت منه وبرىء منها ، ولا ترثه ولا يرثها .

ووجه الثانى ما أخرجه عن مالك عن ابن شهاب عن عروة بن الزبير عن عائشة رضى الله عنها أنها انتقلت حفصة بنت عبد الرحمن حين دخلت فى الدم من الحيضة الثالثة . قال ابن شهاب فذكر ذلك لعمرة بنت عبد الرحمن فقالت : صدق عروة ، وقد جادلها فى ذلك ناس فقالوا : ان الله تبارك اسمه يقول : ثلاثة قروء ، فقالت عائشة رضى الله عنها : صدقتم ، وهـــل تدرون ما الاقراء ؟ الأقراء الاطهار .

وقال الشافعى : فإذا طلق الرجل امرأته طاهراً قبل جماع أو بعده اعتدت بالطهر الذى وقع عليها فيه الطلاق ولو كان ساعة من نهار وتعتد بطهرين تامين بين حيضتين ، فإذا دخلت فى الدم من الحيضة الثالثة حلت ، ولا يؤخذ أبداً فى القرء الاول الا أن يكون فيما بين أن يوقع الطلاق وبين أول حيض ، ولو طلقها حائضاً لم تعتد بتلك الحيضة ، فإذا طهرت استقبلت القرء ، ولو طلقها فلما أوقع الطلاق حاضت — فإن كانت على يقين من أنها كانت طاهراً حين تم الطلاق ثم حاضت بعد تمامه بطرفة عين فذلك قرء ، وان علمت أن الحيض وتمام الطلاق كانا معاً استأنفت العدة فى طهرها من الحيض ثلاثة قروء اه

ومحصل هذا أنه اذا طلقها وهى طاهر انقضت عدتها برؤية الدم من الحيضة الثالثة ، وان طلقها حائضاً انقضت عدتها برؤية الدم من الحيضة الرابعة ، وهذا قول زيد بن ثابت وابن عمر وعائشة والقاسم بن محمد وسالم بن عبد الله وأبان ابن عثمان ومالك وأبى ثور وأحمد وهو ظاهر أحد القولين للشافعى ، والقول الآخر لا تنقضى العدة حتى يمضى زمن الدم يوم وليلة ، لجواز أن يكون الدم دم فساد فلا نحكم بانقضاء العدة حتى يزول الاحتمال .

وقال أصحاب أحمد ان الله تعالى جعل العدة ثلاثة قروء فالزيادة عليها مخالفة للنص فلا يعول عليه ولفظ حديث زيد بن ثابت « اذا دخلت فى الدم من الحيضة

الثالثة فقد برئت منه وبرىء منها ولا ترثه ولا يرثها ، والقول : إن الدم يكون دم فساد يقتضي الرد بكونه حيضاً فى ترك الصلاة وتحريمها على الزوج وسائر أحكام الحيض فكذلك فى انقضاء العدة ، ثم إن كان التوقف عن الحكم بانقضاء العدة للاحتمال ، فإذا تبين أنه حيض علمنا أن العدة قد انقضت حين رأت الدم ، كما لو قال لها : إن حضت فأنت طالق .

وقد اختلف أصحابنا فى هذا فمنهم من قال : اليوم والليلة من العدة ، لأنه دم تكمل به العدة فكان منها كالذى فى أثناء الاطهار ، ومنهم من قال : ليس منها إنما يتبين به انقضاؤها ، ولأننا لو جعلناه منها أوجبنا الزيادة على ثلاثة قروء ، ولكننا نمنعها من النكاح حتى يمضى يوم وليلة ولو راجعها زوجها لم تصح الرجعة

قال المصنف رحمه الله تعالى

﴿ فصل ﴾ وأقل ما يمكن أن تعتد فيه الحرة بالاقراء اثنان وثلاثون يوما وساعة وذلك بأن يطلقها فى الطهر ويبقى من الطهر بعد الطلاق ساعة فتكون تلك الساعة قرءاً ثم تحيض يوما ، ثم تطهر خمسة عشر يوما وهو القرء الثانى ثم تحيض يوما ثم تطهر خمسة عشر يوماً وهو القرء الثالث ، فإذا طعنت فى الحيضة الثالثة انقضت عدتها .

﴿ فصل ﴾ وان كانت من ذوات الاقراء فارتفع حيضها ، فإن كان لعارض معروف كالمرض والرضاع تربصت إلى أن يعود الدم ، فتعتد بالأقراء ؛ لأن ارتفاع الدم بسبب يزول فانتظر زواله ، فإن ارتفع بغير سبب معروف ، ففيه قولان .

قال فى القديم تمكث الى أن تعلم براءة رحمها ثم تعتد عدة الآيسة ، لان العدة تراد لبراءة الرحم .

وقال فى الجديد تمكث الى أن تيأس من الحيض ثم تعتد عدة الآيسة لأن الاعتداد بالشهور جعل بعد الإياس فلم يجز قبله ، فإن قلنا بالقول القديم ففى القدر الذى تمكث فيه قولان .

(أحدهما) تسعة أشهر ، لانه غالب عادة الحمل ويعلم به براءة الرحم فى الظاهر

(والثانى) تمكث أربع سنين ، لأنه لو جاز الاقتصار على براءة الرحم فى الظاهر لجاز الاقتصار على حيضة واحدة ، لانه يعلم بها براءة الرحم فى الظاهر ، فوجب أن يعتبر أكثر مدة الحمل ليعلم براءة الرحم بيقين ، فإذا علمت براءة الرحم بتسعة أشهر أو بأربع سنين اعتدت بعد ذلك بثلاثة أشهر ، لما روى عن سعيد ابن المسيب رضى الله عنه « أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قضى فى المرأة اذا طلقت فارتفعت حيضتها أن عدتها تسعة أشهر لحملها وثلاثة أشهر لعدتها » ولان تربصها فيما تقدم ليس بعدة وانما اعتبر ليعلم أنها ليست من ذوات الأقراء فإذا علمت اعتدت بعدة الآيسات فان حاضت قبل العلم ببراءة رحمها أو قبل انقضاء العدة بالشهور لزمها الاعتداد بالأقراء لأنا تبينا أنها من ذوات الأقراء ، فإن اعتدت وتزوجت ثم حاضت لم يؤثر ذلك فى العدة لانها انقضت العدة وتعلق بها حق الزوج فلم يبطل ، فإن حاضت بعد العدة وقبل النكاح ففيه وجهان .

أحدهما لا يلزمها الاعتداد بالاقراء لانا حكمنا بانقضاء العدة فلم يبطل بما حدث بعده ، والثانى يلزمها لأنها صارت من ذوات الأقراء قبل تعلق حق الزوج بها فلزمها الاعتداد بالاقراء ، فإن قلنا بقوله الجديد أنها تقعد الى الاياس ففى الإياس قولان (أحدهما) يعتبر اياس أقاربها لأنها أقرب اليهن (والثانى) يعتبر اياس نساء العالم ، وهو أن تبلغ اثنتين وستين سنة ، لانه لا يتحقق الإياس فيما دونها فإذا تربصت قدر الإياس اعتدت بعد ذلك بالأشهر لأن ما قبلها لم يكن عدة ، وانما اعتبر ليعلم أنها ليست من ذوات الاقراء .

(الشرح) قال النووى ، قال أصحابنا : لا تؤمر فى العدة بالاحوط والقعود الى أن تبين اليأس ، بل اذا طلقت أو فسخ نكاحها اعتدت بثلاثة أشهر أولها من حين الفرقة فإذا مضت ثلاثة أشهر ولم يكن حمل انقضت عدتها وحلت للأزواج لأن الغالب أن المرأة تحيض وتطهر فى كل شهر فحمل أمرها على ذلك .

قال أصحابنا ولانا لو أمرناها بالقعود الى اليأس عظمت المشقة وطال الضرر لاحتمال نادر مخالف للظن وغالب عادة النساء بخلاف إلزامها وظائف العبادات ، فإن الأمر فيه سهل بالنسبة الى هذا ، ولان غيرها يشاركها فيه .

وحكى إمام الحرمين هنا والغزالى فى العدد وغيرهما عن صاحب التقريب أنه حكى وجها أنه يلزمها القعود إلى اليأس ثم تعتد بثلاثة أشهر . قال الإمام وهذا الوجه بعيد فى المذهب ، والذى عليه جماهير الاصحاب الاكتفاء بثلاثة أشهر ، وهذا هو الصحيح ، وبه قطع الأصحاب فى معظم الطرق

وحكى الدارمى عن كثير من الأصحاب أنها تعتد بثلاثة أشهر كما حكيناه عن الجمهور . قال حتى رأيت المحمودى من أصحابنا فى كتاب الحيض أنها إذا طلقها زوجها لم يراجعها بعد مضى اثنين وثلاثين يوماً وساعتين ، ولا تتزوج الا بعد ثلاثة أشهر احتياطا لأمرين ، ثم أنكر الدارمى على الأصحاب قولهم تعتد بثلاثة أشهر وغلطهم فى ذلك وبالغ فى ابطال قولهم

قال الدارمى : ينبغى أن نبين عدة غيرها لنبنى عليها عدتها ، فعدة المطلقة الحائل ثلاثة أقراء كل قرء طهر إلا الاول فقد يكون بعد طهر ، وطلاقها فى الحيض بدعة وفى الطهر سنة إلا أن يكون جامعها فيه فبدعة أخف من الحيض ، وهل يحسب قرءاً ؟ فيه وجهان ، فإن طلقها فى طهر لم يجامعها فيه حسبت بقيته طهرا وأتت بطهرين بعده ، فإذا رأت الدم بعد ذلك خرجت من العدة . وقيل يشترط مضى يوم وليلة . وقيل إن لم يكن لها عادة مستقيمة اشترط والا فلا . وان طلقها فى طهر جامعها فيه فإن حسبناه قرءاً فكما لو لم يجامع فيه والا وجب ثلاثة أطهار بعده ، وان طلقها فى حيض وجب ثلاثة أطهار . وهل يقع الطلاق مع آخر اللفظ أم عقبه ؟ فيه وجهان . وهل تشرع فى العدة مع وقت الحكم بالطلاق أم عقيبه ؟ فيه وجهان . وللناس خلاف فى تجزىء القرء . هل هو الى غاية أم الى غير غاية ؟

وقد قال كثير من أصحابنا أقل زمان يمكن انقضاء العدة فيه اثنان وثلاثون يوماً ولحظتان ، بأن يطلقها وقد بقى شىء من الطهر فتعتد به قرءا ثم تحيض يوماً وليلة ثم تطهر خمسة عشر ، ثم تحيض يوما وليلة ثم تطهر خمسة عشر وهو القرء الثالث ثم ترى الدم لحظة ، وينبغى أن تبنى العدة على ما سبق ، فإن طلقها وكان جزء من آخر لفظه أو شىء منه على قول من لا يقول بالجزء فى أول الحيض وقع الطلاق فى الحيض بلا خلاف وتعتد بالاطهار بعده . وان طابق الطلاق آخر

الطهر اعتدت به قرءاً على قول من أوقع الطلاق على آخر لفظه وحسب من العدة ولا يحسب على المـــذهب الآخر. ولو بقى بعد طلاقه شيء من آخر الطهر فعلى مذهب من لا يقول بالجزء تعتد به قرءاً ، لأنه ينقسم قسمين فيقع الطلاق فى الأول منهما وتعتد بالثانى وهو أغلظ — إذا قلنا بالطلاق عقيب لفظه وبالعدة عقيب الطلاق — وإن قلنا غير ذلك فأولى ، وعلى مـــذهب من يقول بالجزء — إن كان الثانى جزءا واحدا — فإن قلنا الطلاق عقيب لفظه والعدة مطابقة للطلاق ، أو قلنا الطلاق بآخر لفظه والعدة بعده حسب قرءا ، لأن ذلك الجزء وقع فيه الطلاق وطابقته العدة أو صادفته العدة وتقدمه الطلاق فى آخر لفظه . وإن قلنا الطلاق بآخر لفظه والعدة تطابقه فأولى بذلك . وإن قلنا الطلاق عقيب لفظه والعدة عقيبه لم يحسب قرءا ، لأن الطلاق يقع فى هذا الجزء ولا يبقى بعده شيء من الطهر للعدة . وإن كان بقى جزء اعتدت به قرءا على جميع المذاهب ، فقد تكون العدة على بعض هذه المذاهب اثنين وثلاثين يوما وجزءا ، وهو أقل مايمكن ، وذلك أن يطلقها فيطابق آخر طلاقه آخر الطهر وقلنا وقع الطلاق بآخر اللفظ وطابقه أول العدة ، فأقل العدة إذاً نوبتان وزيادة ، وأكثرها ثلاث نوب يوم وليلة وجزء ، وذلك أن يطلقها وقد بقى جزء من الطهر على قول من قال به ولا يحسب قرءا عند من أوقع الطلاق عقيب لفظه . وجعل أول العدة عقيب الطلاق ثم تمضى نوبة حيض وطهر ، فيكون قرءا ثم ثانية يكون ثانيا ، ثم ثالثة قرءاً ثالثا ، ثم يمضى يوم وليلة على قول من شرط ذلك

وإن طلقها فى طهر جامعها فيه فأطول العدة على أغلظ المذاهب ثلاث نوب ويوم وليلة وطهر إلا جزءا . وذلك بأن يكون جامعها عاصيا فى آخر الحيض وطلقها ، فاتفق آخر لفظه فى أول جزء من الطهر وطابقه فنقول : الطلاق بآخر لفظه وهو أول جزء من الطهر وفيه جماع . وقلنا لاتعتد به وذلك طهر إلا جزءا ثم تمضى نوبة فتعتد بالطهر قرءا ثم نوبة ثانية ثم ثالثة ثم يوم وليلة ، فهذا أكثر مايمكن أن يكون عدة على أشد مذاهبنا ، ولا يخفى بما ذكرناه تفريع ما فى المذاهب وانما قصدنا بيان أقصى الغايتين فى الأقل والأكثر على أقصى المذاهب

إذا ثبت هذا فإن الرجل اذا طلق امرأته وهى من ذوات الاقراء فلم تر الحيض

فى عادتها ولم تدر مارفعه ؟ فإنها تعتد سنة تسعة أشهر منها تتربص فيها لتعلم براءة رحمها ، لأن هذه المدة هى غالب مدة الحمل ، فإذا لم يبن الحمل فيها علم براءة الرحم ظاهرا فتعتد بعد ذلك عدة الآيسات ثلاثة أشهر ، وهذا قول عمر رضى الله عنه قال الشافعى : هـذا قضاء عمر بين المهاجرين والانصار لا ينكره منهم منكر علمناه ؛ وبه قال مالك والشافعى فى أحد قوليه ، وروى ذلك عن الحسن ، وقال الشافعى فى قول آخر : تتربص أربع سنين أكثر مدة الحمل ثم تعتد بثلاثة أشهر لأن هذه المدة هى التى يتيقن بها براءة رحمها فوجب اعتبارها احتياطا

وقال فى الجديد تكون فى عدة أبداً حتى تحيض أو تبلغ سن الاياس تعتد حينئذ بثلاثة أشهر . وهذا قول جابر بن زيد وعطاء وطاوس والشعبى والزهرى والنخعى وأبى الزناد والثورى وأبى عبيد وأهل العراق ، لأن الاعتداد بالاشهر جعل بعد الاياس فلم يجز قبله ، وهذه ليست آيسة ، ولأنها ترجو عود الدم فلم تعتد بالشهور . كما لو تباعد حيضها لعارض

أما إذا عرفت أن ارتفاع الحيض بعارض من مرض أو نفاس أو رضاع فإنها تنتظر زوال العارض وعود الدم . وإن طال الا أن تصير فى سن اليأس . فعند ذلك تعتد عدة الآيسات على ما سنذكره

وإن حاضت حيضة أو حيضتين ثم ارتفع حيضها لا تدرى مارفعه ؟ لم تنقض عدتها إلا بعد سنة بعد انقطاع الحيض . وذلك لما روى عن عمر رضى الله عنه أنه قال فى رجل طلق امرأته فحاضت حيضة أو حيضتين فارتفع حيضها لا تدرى مارفعه ؟ تجلس تسعة أشهر ، فإذا لم يستبن بها حمل تعتد بثلاثة أشهر فذلك سنة ولا نعرف له مخالفا . قال ابن المنذر « قضى به عمر بين المهاجرين والأنصار ولم ينكره منكر »

ونختم هذا البحث بما قال الشافعى رضى الله عنه . واذا كانت تحيض فى كل شهر أو شهرين فطلقت فرفعتها حيضتها سنة . أو حاضت حيضة ثم رفعتها حيضتها سنة أنها لا تحل للأزواج الا بدخولها فى الدم من الحيضة الثالثة . وان تباعد ذلك وطال . وهى من أهل الحيض حتى تبلغ أن تيأس من المحيض وهى لا تيأس من المحيض حتى تبلغ السن التى من بلغتها من نسائها لم تحض بعدها . فإذا بلغت ذلك

خرجت من أهل الحيض وكانت من المؤيسات من المحيض اللاتى جعل الله عز وجل عددهن ثلاثة أشهر واستقبلت ثلاثة أشهر من يوم بلغت سن المؤيسات من المحيض لا تخلو إلا بكمال الثلاثة الأشهر ، وهذا يشبه — والله أعلم — ظاهر القرآن ، لأن الله تعالى جعل على الحيّض الأقراء وعلى المؤيسات وغير البوالغ الشهور فقال « واللائى يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر » قال والحيض يتباعد فعدة المرأة تنقضى بأقل من شهرين إذا حاضت ثلاث حيض ولا تنقضى إلا بثلاث سنين وأكثر إن كان حيضها يتباعد ، لأنه إنما جعل عليهن الحيض فيعتددن به وإن تباعد .

وإن كانت البراءة من الحمل تعرف بأقل من هذا فإن الله عز وجل حكم بالحيض فلا أحيله إلى غيره . فبهذا قلنا عدتها الحيض حتى تؤيس من المحيض بما وصفت من أن تصير إلى السن التى من بلغها من أكثر نسائها لم تحض . وقد يروى عن ابن مسعود وغيره مثل هذا القول

أخبرنا مالك عن محمد بن يحي بن حبان أنه كان عند جده هاشمية وأنصارية ، فطلق الأنصارية وهى ترضع ابنته فمكثت سبعة عشر شهراً لا تحيض يمنعها الرضاع أن تحيض ، ثم مرض حبان بعد أن طلقها بسبعة أشهر أو ثمانية فقلت له إن امرأتك تريد أن ترث ، فقال لأهله احملونى الى عثمان ، فحملوه اليه فذكر له شأن امرأته وعنده على بن أبى طالب وزيد بن ثابت ، فقال لهما عثمان ما تريان ؟ فقالا نرى أنها ترثه ان مات ويرثها ان ماتت فإنها ليست من القواعد التى قد يئسن من الحيض ، وليست من الابكار اللاتى لم يبلغن الحيض ، ثم هى على عدة حيضها ما كان من قليل أو كثير ، فرجع حبان الى أهله فأخذ ابنته ، فلما فقد الرضاع حاضت حيضة ، ثم حاضت حيضة أخرى ، ثم توفى حبان من قبل أن تحيض الثالثة فاعتدت عدة المتوفى عنها زوجها وورثته

ثم روى طرق هذا الخبر الى أن قال : أخبرنا مالك عن يحي بن سعيد ويزيد ابن عبد الله بن قسيط عن ابن المسيب أنه قال ، قال عمر بن الخطاب « أيما امرأة طلقت فحاضت حيضة أو حيضتين ثم رفعتها حيضتها فإنها تنتظر تسعة أشهر ، فإن بان بها حمل فذلك ، والا اعتدت بعد التسعة أشهر ثم حلت اه

قال المصنف رحمه الله تعالى :

﴿ فصل ﴾ وان كانت ممن لا تحيض ولا يحيض مثلها كالصغيرة والكبيرة الآيسة اعتدت بثلاثة أشهر ، لقوله تعالى « واللائى يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر ، واللائى لم يحضن » فإن كان الطلاق فى أول الهلال اعتدت بثلاثة أشهر بالأهلة ، لأن الاشهر فى الشرع بالأهلة . والدليل عليه قوله عز وجل « يسألونك عن الأهلة قل هى مواقيت للناس والحج »

وان كان الطلاق فى أثناء الشهر اعتدت بقية الشهر ثم اعتدت بشهرين بالاهلة ثم تنظر عدد ما اعتدت من الشهر الاول ، وتضيف اليه من الشهر الرابع ما يتم به ثلاثون يوماً .

وقال أبو محمد عبد الرحمن ابن بنت الشافعى رحمه الله « اذا طلقت المرأة فى أثناء الشهر اعتدت بثلاثة أشهر بالعدد كاملة ، لأنها اذا فاتها الهلال فى الشهر الاول فاتها فى كل شهر ، فاعتبر العدد فى الجميع ، وهذا خطأ لأنه لم يتعذر اعتبار الهلال الا فى الشهر الاول فلم يسقط اعتباره فيما سواه

﴿ فصل ﴾ وان كانت ممن لا تحيض ولكنها فى سن تحيض فيه النساء اعتدت بالشهور لقوله تعالى « واللائى يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر ، واللائى لم يحضن » ولأن الاعتبار بحال المعتدة لا بعادة النساء ، والدليل عليه أنها لو بلغت سنا لا تحيض فيه النساء وهى تحيض كانت عدتها بالاقراء اعتبارا بحالها ، فكذلك اذا لم تحض فى سن تحيض فيه النساء وجب أن تعتد بالاشهر اعتبارا بحالها . وان ولدت ولم تر حيضا قبله ولا نفاسا بعده ففى عدتها وجهان

(أحدهما) وهو قول الشيخ أبى حامد الاسفراييني رحمه الله أنها تعتد بالشهور للآية (والثانى) أنها لا تعتد بالشهور ، بل تكون كمن تباعد حيضها من ذوات الأقراء ، لأنه لا يجوز أن تكون من ذوات الأحمال ، ولا تكون من ذوات الاقراء .

﴿ فصل ﴾ واذا شرعت الصغيرة فى العدة بالشهور ثم حاضت لزمها الانتقال

الى الأقراء لأن الشهور بدل عن الأقراء فلا يجوز الاعتداد بها مع وجود أصلها وهل يحسب ما مضى من الأشهر قرءاً ؟ فيه وجهان

(أحدهما) يحتسب به — وهو قول أبي العباس — لأنه طهر بعده حيض فاعتدت به قرءا ، كما لو تقدمه حيض

(والثانى) وهو قول أبى إسحاق انه لا يحتسب به ، كما إذا اعتدت بقرأين ثم أيست لزمها الاستئناف ثلاثة أشهر ولم يحتسب ما مضى من زمان الأقراء شهرا وان انقضت عدتها بالشهور ثم حاضت لم يلزمها الاستئناف للعدة بالأقراء ، لأن هذا معنى حدث بعد انقضاء العدة .

وإن شرعت فى العدة بالأقراء ثم ظهر بها حمل من الزوج سقط حكم الاقراء إذا قلنا إن الحامل تحيض ، لأن الاقراء دليل على براءة الرحم من جهة الظاهر والحمل دليل على شغل الرحم من جهة القطع ، والظاهر إذا عارضه قطع سقطت دلالته كالقياس إذا عارضه نص .

وإن اعتدت بالاقراء ثم ظهر حمل من الزوج لزمها الاعتداد بالحمل ويخالف إذا اعتدت بالشهور ثم حاضت ، لأن ما رأت من الحيض لم يكن موجودا فى حال العدة وإنما حدث بعدها والحمل من الزوج كان موجودا فى حال العدة بالاقراء فسقط معه حكم الاقراء .

(الشرح) قال أبو عثمان عمر بن سالم : لما نزلت عدة النساء فى سورة البقرة فى المطلقة والمتوفى عنها زوجها ، قال أبىّ بن كعب يا رسول الله إن ناسا يقولون قد بقي من النساء من لم يذكر فيهن الصغار وذوات الحمل ، فنزلت « واللائى يئسن من المحيض » الآية . هكذا أخرجه ابن جرير وإسحاق بن راهويه والحاكم وغيرهم وقال السيوطى فى اللباب : صحيح الإسناد . وأخرج مقاتل بن سليمان فى تفسيره أن خلاد بن عمرو بن الجموح سأل النبى صلى الله عليه وسلم عن عدة التى لا تحيض فنزلت . وساق القرطبي روايات أخرى ، منها أن معاذ بن جبل سأل عن عدة الكبيرة التى يئست فنزلت الآية

وقال مجاهد : الآية واردة فى المستحاضة لا تدرى دم حيض هو أو دم علة وقوله « ان ارتبتم » أى شككتم ، وقيل تيقنتم ، وهو من الاضـــداد يكون شكا ويقينا كالظن ، واختيار الطبرى أن يكون المعنى إن شككتم فلم تدروا ما الحكم فيهن .

وقال الزجاج إن ارتبتم فى حيضها وقد انقطع عنها الحيض وكانت ممن يحيض مثلها . قال القشيرى وفى هذا نظر ، لأنا إذا شككنا هل بلغت سن اليأس لم نقل عدتها ثلاثة أشهر ، والمعتبر فى سن اليأس فى قول : أقصى عادة امرأة فى العالم ، وفى قول غالب نساء عشيرة المرأة

على أن المرتابة فى عدتها لا تنكح حتى تستبرىء من الريبة ، وبارتفاع الريبة تنقضى عدتها . وقد أجمع أهل العلم على أنها ان كانت من الآيسات أو ممن لم يحضن فعدتها ثلاثة أشهر لقوله تعالى « واللائى يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائى لم يحضن » فإن كان الطلاق فى أول الهلال اعتبر ثلاثة أشهر بالاهلة لقول الله تعالى « يسألونك عن الاهلة قل هى مواقيت للناس والحج » وقال سبحانه « إن عدة الشهور عند الله إثنا عشر شهرا فى كتاب الله يوم خلق السموات والأرض منها أربعة حرم » ولم يختلف الناس فى أن الأشهر الحرم معتبرة بالأهلة .

وان وقع الطلاق فى أثناء الشهر اعتدت بقيته ثم اعتدت شهرين بالأهلة ثم اعتدت من الشهر الثالث تمام ثلاثين يوما . وهذا مذهب مالك وأحمد

وقال أبو حنيفة : تحتسب بقية الأول وتعتد من الرابع بقدر ما فاتها من الاول تاما كان أو ناقصا ، لأنه لو كان من أول الهلال كانت العدة بالاهلة ، فإذا كان من بعض الشهر وجب قضاء ما فات منه .

وخرج أصحاب أحمد وجهاً ثانيا أن جميع الشهور محسوبة بالعدد . وهو قول ابن بنت الشافعى ، لأنه اذا حسب الاول بالعدد كان ابتداء الثانى من بعض الشهر فيجب أن يحسب بالعدد وكذلك الثالث ، وهذا خطأ لأن الشهر يقع على ما بين الهلالين وعلى الثلاثين ، ولذلك اذا غم الشهر كمل ثلاثين والاصل الهلال ، فإذا أمكن اعتبار الهلال اعتبروا . واذا تعذر رجعوا الى العدد . وفى هذا انفصال

عما ذكر لأبي حنيفة . وأما التخريج الذي ذكرناه فإنه لا يلزم إتمام الشهر الأول من الثاني ، ويجوز أن يكون تمامه من الرابع ، ولهذا لم يسقط اعتبار الشهر الأول فيما سواه .

(فرع) إذا بلغت سناً تحيض فيه النساء في الغالب فلم تحض كخمس عشرة سنة فعدتها ثلاثة أشهر ، وهو مذهب أبي حنيفة ومالك وأحمد في إحدى الروايتين عنه ، وضعف أبو بكر من أصحابه الرواية المخالفة لهذا ، وقال رواها أبو طالب فخالف فيها أصحابه ، وذلك ما روى أبو طالب عن أحمد أنها تعتد سنة ، ووجه القول الأول قوله تعالى « واللائي لم يحضن » وهذه من اللائي لم يحضن ، ولأن الاعتبار بحال المعتدة لا بحال غيرها ، ولهذا لو حاضت قبل بلوغ سن يحيض لمثله النساء في الغالب ، مثل أن تحيض ولها عشر سنين اعتدت بالحيض ، وفارق من ارتفع حيضها ولا تدري ما رفعه ، فإنها من ذوات القروء وهذه لم تكن منهن . وأقل سن تحيض فيه المرأة تسع سنين ، لأن المرجع فيه إلى الوجود وقد وجد من تحيض لتسع .

وقد روى عن الشافعي رضي الله عنه أنه قال : رأيت جدة لها إحدى وعشرون سنة ، واختلف في السن التي تصير بها المرأة من الآيسات ، فعن الشافعي قولان (أحدهما) يعتبر السن الذي يتيقن أنه إذا بلغته لم تحض . قال بعض أصحابنا هو إثنان وستون سنة .

(والثاني) يعتبر السن الذي ييأس فيه نساء عشيرتها ، لأن الظاهر أن نشأها كنشئهن وطبعها كطبعهن .

واختلف عن أحمد في السن الذي تصير به المرأة من الآيسات ، فعنه أوله خمسون سنة ، لأن عائشة قالت : لن ترى المرأة في بطنها ولداً بعد خمسين سنة ، وعنه إن كانت من نساء العجم فخمسون ، وإن كانت من نساء العرب فستون ، لأنهن أقوى طبيعة . وقد ذكر الزبير بن بكار في كتاب النسب أن هنداً بنت أبي عبيدة بن عبد الله بن زمعة ولدت موسى بن عبد الله بن الحسن بن الحسن بن علي بن أبي طالب ولها ستون سنة ، وقال يقال إنه لن تلد بعد خمسين سنة إلا عربية ولا تلد لستين إلا قرشية

قال ابن قدامة : والصحيح أنه متى بلغت المرأة خمسين سنة فانقطع حيضها عن عادتها مرات لغير سبب فقد صارت آيسة ، لأن وجود الحيض فى حق هذه نادر . بدليل قول عائشة وقلة وجوده ، فإذا انضم إلى هذا انقطاعه عن العادات مرات حصل اليأس من وجوده ، فلها حينئذ أن تعتد بالاشهر ، وان انقطع قبل ذلك فحكمها حكم من ارتفع حيضها لا تدرى ما رفعه ، وان رأت الدم بعد الخمسين على العادة التى كانت تراه فيها فهو حيض فى الصحيح ؛ لأن دليل الحيض الوجود فى زمن الإمكان . وهذا يمكن وجود الحيض فيه وان كان نادراً ، وان رأته بعد الستين فقد تيقن أنه ليس بحيض فعند ذلك لا تعتد به وتعتد بالاشهر كالتى لا ترى دماً .

(مسألة) اذا طلقها وهى من اللائى لم يحضن بأن كانت صغيرة أو كانت بالغاً لم تحض اذا اعتدت بالشهور فحاضت قبل انقضاء عدتها ولو بساعة لزمها استئناف العدة فى قول عامة الفقهاء . منهم سعيد بن المسيب والحسن ومجاهد وقتادة . والشعبى والنخعى والزهرى والثورى ومالك وأحمد واسحاق وأبو عبيد وأصحاب الرأى وأهل المدينة وأهل البصرة . وذلك لأن الشهور بدل عن الحيض . فإذا وجد المبدل بطل حكم البدل كالتيمم مع الماء . ويلزمها أن تعتد بثلاثة قروء . وهل تعتد بما مضى من الطهر قبل الحيض قرءاً ؟ فيه وجهان (أحدهما) تعتد به لأنه طهر انتقلت منه الى حيض فأشبه الطهر بين الحيضتين . وهو قول أبى العباس لأن القرء هو الطهر بين حيضتين . وهذا لم يتقدمه حيض فلم يكن قرءا .

(والثانى) لا تعتد به كما اذا اعتدت بقرأين ثم أيست استأنفت ثلاثة أشهر وهو قول أبى اسحاق .

فأما اذا انقضت عدتها بالشهور ثم حاضت بعدها ولو بلحظة لم يلزمها استئناف العدة . لأنه معنى حدث بعد انقضاء العدة كالتى حاضت بعد انقضاء العدة بزمن طويل .

ولو حاضت حيضة أو حيضتين ثم صارت من الآيسات استأنفت العدة بثلاثة أشهر . لأن العدة لا تلفق من جنسين . وقد تعذر اتمامها بالحيض فوجب تكميلها

بالأشهر . وإن ظهر بها حمل من الزوج سقط حكم ما مضى وتبين أن ما رأته من الدم لم يكن حيضاً ، لأن الحامل لا تحيض ولو حاضت ثلاث حيض ثم ظهر بها حمل يمكن أن يكون حادثاً بعد قضاء العدة بأن تأتى به لستة أشهر منذ فرغت من عدتها لم تلحق بالزوج وحكمنا بصحة الاعتداد ، وكان هذا الولد حادثاً ، وان أتت به لدون ذلك تبينا أن الدم ليس بحيض ، لأنه لا يجوز وجوده فى مدة الحمل ولهذه الصورة أحكام فى العبادات مضت فى الحيض . فإذا رأت المعتدة أمارات الحمل من حركة أو نفخة أو نحوهما وشكت هل هو حمل أم لا ؟ فإذا حدثت الريبة قبل انقضاء عدتها فإنما تبقى فى حكم الاعتداد حتى تزول الريبة ، فإن بان حملا انقضت عدتها بوضعه ، فإن زالت وبان أنه ليس بحمل تبينا أن عــــدتها انقضت بالقروء أو الشهور ، فإن زوجت قبل زوال الريبة فالنكاح باطل لأنها تزوجت وهى فى حكم المعتدات فى الظاهر

قال المصنف رحمه الله تعالى :

﴿ فصل ﴾ وإن كانت المطلقة أمة نظرت فإن كانت حاملا اعتدت بالحمل لما ذكرناه فى الحرة ، وان كانت من ذوات الأقراء اعتدت بقرأين لما روى جابر عن عمر رضى الله عنه أنه جعل عدة الأمة حيضتين ، ولأن القياس اقتضى أن تكون قرءاً ونصفاً كما كان حدها على النصف ، إلا أن القرء لا يتبعض فكمل فصارت قرأين ، ولهذا روى عن عمر رضى الله عنه أنه قال : لو استطعت أن أجعل عدة الأمة حيضة ونصفاً لفعلت ، وإن كانت من ذوات الشهور ففيه ثلاثة أقوال (أحدها) أنها تعتد بشهرين لأن الشهور بدل من الأقراء فكانت بعددها كالشهور فى عدة الحرة (والثانى) أنها تعتد بثلاثة أشهر لأن براءة الرحم لا تحصل إلا بثلاثة أشهر لأن الحمل يمكث أربعين يوما نطفة ، ثم أربعين يوما علقة ، ثم أربعين يوما مضغة ثم يتحرك ويعلو جوف المرأة فيظهر الحمل (والثالث) أنها تعتد بشهر ونصف لأن القياس يقتضى أن تكون على النصف من الحرة كما قلنا فى الحد ، ولأن القرء لا يتبعض فكمل والشهور تتبعض فتبعضت كما نقول فى المحرم إذا وجب عليه نصف مد فى جزاء الصيد وأراد أن يكفر بالصوم صام يوما لأنه لا يتبعض ، وإن أراد أن يكفر بالاطعام أخرج نصف مد

﴿ فصل ﴾ وان أعتقت الأمة قبل الطلاق اعتدت بثلاثة أقراء لأنه وجبت عليها العدة وهي حرة ، وإن انقضت عدتها بقرأين ثم أعتقت لم يلزمها زيادة لانها اعتدت على حسب حالها فلم يلزمها زيادة ، كما لو اعتدت من لم تحض بالشهور ثم حاضت أو اعتدت ذات الاقراء بالاقراء ثم صارت آيسة ، فإن أعتقت فى أثناء العدة ففيه ثلاثة أقوال (أحدها) تتمم عدة أمة لأنه عدد محصور يختلف بالرق والحرية فاعتبر فيه حال الوجوب كالحد (والثانى) أنها ان كانت رجعية أتمت عدة حرة ، وإن كانت بائناً أتمت عدة أمة ، كما نقول فيمن مات عنها زوجها انها ان كانت رجعية انتقلت الى عدة الوفاة ، وان كانت بائناً لم تنتقل (والثالث) وهو الصحيح أنه يلزمها أن تتمم عدة حرة ، لأن الاعتبار فى العدة بالانتهاء ، ولهذا لو شرعت فى الاعتداد بالشهور ثم حاضت انتقلت الى الاقراء

(الشرح) الاخبار فى عدة الأمة عند ابن ماجه من حديث عائشة قالت « أمرت بريرة أن تعتد بثلاث حيض » وعن ابن عباس أن النبى (ص) خيّر بريرة فاختارت نفسها وأمرها أن تعتد عـــدة الحرة . رواه أحمد والدارقطنى . وروى الترمذى وأبو داود عن عائشة مرفوعا « طلاق الامة تطليقتان وعدتها حيضتان » وفى لفظ رواه الدارقطنى « طلاق العبد اثنتان وقرء الامة حيضتان » ومثل ذلك روى عن ابن عمر عند ابن ماجه والدارقطنى بإسنادين ضعيفين . أما الاحكام فى الفصلين فعلى وجهها

قال المصنف رحمه الله تعالى :

﴿ فصل ﴾ وان وطئت امرأة بشبهة وجبت عليها العدة لأن وطء الشبهة كالوطء فى النكاح فى النسب فكان كالوطء فى النكاح فى إيجاب العدة ، فإن زنى بامرأة لم تجب عليها العدة لأن العدة لحفظ النسب والزانى لا يلحقه نسب

(فصل) ومن مات عنها زوجها وجبت عليها العدة دخل بها أو لم يدخل ، لقوله عز وجل « والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا » فإن كانت حائلا وهي حرة اعتدت بأربعة أشهر وعشر للآية ،

وان كانت أمة اعتدت بشهرين وخمس ليال ، لأنا دللنا على أن عدتها بالاقراء على النصف ، إلا أنه لما لم يتبعض جعلناه قرأين ، والشهور تتبعض فوجب عليها نصف ما يجب على الحرة .

وإن كانت حاملا بولد يلحق بالزوج اعتدت بوضعه لما روت أم سلمة رضى الله عنها قالت « ولدت سبيعة الاسلمية بعد وفاة زوجها بليال ؛ فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : قد حللت فانكحى »

وإن كانت حاملا بولد لا يلحق الزوج كامرأة الطفل لم تعتد بالحمل منه لأنه لا يمكن أن يكون منه فلم تعتد به منه كامرأة الكبير إذا طلقها وأتت بولد لدون ستة أشهر من حين العقد ، فإن كان الحمل لاحقاً برجل وطئها بشبهة اعتدت به منه . وإذا وضعت اعتدت عن الطفل بالشهور ، لأنه لا يجوز أن تعتد عن شخصين فى وقت واحد .

وإن كان عن زنا احتسبت بما مضى من الشهور فى حال الحمل عن عدة وفاة الطفل ، لأن الحمل عن الزنا لا حكم له فلا يمنع من الاعتداد بالشهور ؛ وإن طلق امرأته طلاقاً رجعياً ثم مات عنها وهى فى العدة اعتدت بعدة الوفاة لأنه توفى عنها وهى زوجته .

(الشرح) حديث أم سلمة أخرجه أحمد والشيخان وأصحاب السنن إلا أباداود وابن ماجه بلفظ « إن امرأة من أسلم يقال لها سبيعة كانت تحت زوجها فتوفى عنها وهى حبلى فخطبها أبو السنابل بن بعكك فأبت أن تنكحه ، فقال والله ما يصلح أن تنكحى حتى تعتدى آخر الاجلين ، فمكثت قريبا من عشر ليال ثم نفست ثم جاءت النبى صلى الله عليه وسلم فقال انكحى »

وأخرجوه بمعناه من رواية سبيعة قالت « فأفتانى بأنى قد حللت حين وضعت حملى وأمرنى بالتزويج ان بدا لى »

وعن الزبير بن العوام « أن أم كلثوم بنت عقبة كانت عنده فقالت له وهى حامل : طيب نفسى بتطليقة ، فطلقها تطليقة ، ثم خرج الى الصلاة ، فرجع وقد وضعت ، فقال ما لها خدعتنى خدعها الله . ثم أتى النبى صلى الله عليه وسلم فقال

« سبق الكتاب أجله ، اخطبها الى نفسها » قال القاضي عياض : والحديث — يعني حديث سبيعة — مبتور ، نقص منه قولها « فنفست بعد ليال فخطبت » قال الحافظ بن حجر في الفتح : وقد ثبت المحذوف في رواية ابن ملحان عن يحيى ابن بكير شيخ البخاري ولفظه « فمكثت قريبا من عشرين ليلة ثم نفست » وقد وقع للبخاري اختصار المتن من طريق أخصر من هذه الطريق . ووقع له في تفسير سورة الطلاق مطولا بلفظ « أن سبيعة بنت الحارث أخبرته أنها كانت تحت سعد بن خولة فتوفي عنها في حجة الوداع وهي حامل فلم تنشب أن وضعت حملها ، فلما تعلت من نفاسها تجملت للخطاب ، فدخل عليها أبو السنابل بن بعكك رجل من بني عبد الدار ، فقال مالي أراك تجملت للخطاب ، فإنك والله ما أنت بناكح حتى تمر عليك أربعة أشهر وعشر ، قالت سبيعة فلما قال لي ذلك جمعت عليّ ثيابي حين أمسيت ، فأتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فسألته عن ذلك فأفتاني بأني قد حللت حين وضعت حملي وأمرني بالتزويج »

وقد ذهب جمهور الفقهاء من السلف والخلف إلى أن الحامل إذا مات عنها زوجها تنقضي عدتها بوضع الحمل ، وأخرج سعيد بن منصور وعبد بن حميد عن علي بسند صحيح أنها تعتد بآخر الأجلين ، ومعناه أنها إن وضعت قبل مضي أربعة أشهر وعشر تربصت إلى انقضائها ، وان انقضت المدة قبل الوضع تربصت إلى الوضع ، وبه قال ابن عباس . وروى عنه أنه رجع . وروى عن ابن أبي ليلى أنه أنكر على ابن سيرين القول بانقضاء عدتها بالوضع ، وأنكر أن يكون ابن مسعود قال بذلك ، قال الشوكاني : وقد ثبت عن ابن مسعود من عدة طرق أنه كان يوافق الجمهور حتى كان يقول : من شاء لاعنته على ذلك .

أما الأحكام : فإن الموطوءة بشبهة تعتد عدة المطلقة ، وكذلك الموطوءة في نكاح فاسد ، لأن كلا من وطء الشبهة والنكاح الفاسد في لحوق النسب وشغل الرحم كالوطء الصحيح ، فكانا مثله فيما تحصيل البراءة به ، وإن وطئت المزوجة بشبهة لم يحل لزوجها وطؤها قبل انقضاء عدتها كيلا يفضي إلى اختلاط المياه واشتباه الانساب وله الاستمتاع منها بما دون الفرج في أحد الوجهين لانها زوجة

حرم وطؤها لعارض مختص بالفرج فأبيح الاستمتاع منها بما دونه كالحائض .

(مسألة) المزنى بها لا عدة لها ، وهذا قول أبي بكر الصديق وعمر بن الخطاب رضي الله عنهما ، وبه قال الثوري وأصحاب الرأى ، لأن العـــدة لحفظ النسب ولا يلحقه نسب ، وقد روى عن علي نحوه . وقال أحمد تستبرأ كالمزوجة بشبهة لأنه وطء يقتضى شغل الرحم فوجبت العدة منه كوطء الشبهة . وأما وجوبها كعدة المطلقة فلأنها حرة فوجب استبراؤها بعدة كاملة كالموطوءة بشبهة وبهذا قال الحسن والنخعي ، وهو قول مالك . وروى ابن أبي موسى عن أحمد رواية أخرى أنها تستبرأ بحيضة واحدة .

(مسألة) أجمع أهل العلم على أن عدة الحرة المسلمة الحائل من وفاة زوجها أربعة أشهر وعشر مدخولا بها أو غير مدخول بها ، سواء كانت كبيرة بالغة أو صغيرة لم تبلغ . وذلك لقوله تعالى « والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً » وما رواه الشيخان مرفوعا « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الاخر أن تحد على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر وعشراً » ولا تحمل الاية على المدخول بها كما فى قوله تعالى « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء » لأن هذه مخصصة بقوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها » ولم يرد تخصيص عدة الوفاة ، ولا أمكن قياسها على المطلقة فى التخصيص ، لان النكاح عقد عمر ، فاذا انتهى والشيء إذا انتهى تقررت أحكامه .

وكذلك فان المطلقة إذا أتت بولد يمكن للزوج تكذيبها ونفيه باللعان الأمر الذي يمتنع فى حق المتوفى . فلا يؤمن أن تأتى بولد فيلحق الميت نسبه وما له من ينفيه ، فاحتطنا بإيجاب العدة عليها لحفظها عن التصرف والمبيت فى غير منزلها حفظاً لها . فاذا تقرر هذا فانه لا يعتبر وجود الحيض فى عدة الوفاة فى قول عامة أهل العلم . وحكى عن مالك أنها إذا كانت مدخولا بها وجب أربعة أشهر وعشر فيها . واتباع الكتاب والسنة أولى . ولأنه لو اعتبر الحيض فى حقها لاعتبر ثلاثة قروء كالمطلقة . وهذا الخلاف يختص بذات القرء . فأما الايسة والصغيرة

فلا خلاف فيها . وأما الأمة المتوفى عنها زوجها فعدتها شهران وخمسة أيام فى قول عامة أهل العلم منهم سعيد بن المسيب وعطاء وسليمان بن يسار والزهرى وقتادة ومالك والثورى وأحمد واسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأى وغيرهم الا ابن سيرين . فإنه قال : ما أرى عدة الامه الا كعدة الحرة . الا أن تكون قد مضت فى ذلك سنه . فإن السنه أحق أن تتبع وأخذ بظاهر النص وعمومه . ولكن هذا لا ينهض أمام اتفاق الصحابه على أن عدة الأمه المطلقه على النصف من عدة الحرة فكذلك عدة الوفاة .

(فرع) اذا مات الصغير الذى لا يولد لمثله ولد عن زوجته ، فأتت بولد لم يلحقه نسبه ولم تنقض العدة بوضعه . وبهذا قال مالك والصحيح من مذهب أحمد وقال أبو حنيفه : ان مات وبها حمل ظاهر اعتدت عنه بالوضع . فان ظهر الحمل بها بعد موته لم تعتد به . وقد روى عن أحمد فى الصبى مثل قول أبى حنيفه . وهكذا الخلاف فيما اذا تزوج بامرأة ودخل بها . وان أتت بولد لدون ستة أشهر من حين عقد النكاح ، فإنها لا تعتد بوضعه عندنا وعند أحمد ، وتعتد به عند أبى حنيفة ، واحتج بقوله تعالى « وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن » ولا يخفى أن الآية واردة فى المطلقات ثم هى مخصوصة بالقياس الذى ذكرناه . فإذا تقرر هذا فإن عدتها تنقضى بوضع الحمل من الوطء الذى علقت به منه ، سواء كان هذا الولد ملحقاً بغير الصغير ، مثل أن يكون من عقد فاسد أو وطء شبهة ، لأن العدة تجب فى هذه الاحوال ، فإذا وضعته اعتدت من الصبى بأربعة أشهر وعشر ، لأن العدتين من رجلين لا يتداخلان

ولو طلقها أو مات عنها فلم تنقض عدتها حتى تزوجت من أصابها فرق بينهما وبنت على ما مضى من عدة الأول ، ثم استقبلت العدة من الثانى ، والإجماع منعقد على هذا . ولأن العدة انما اعتبرت لمعرفة براءة الرحم لئلا يفضى إلى اختلاط المياه وامتزاج الأنساب ، وإن تزوجت فالنكاح باطل لأنها ممنوعة من النكاح لحق الزوج الأول ، فكان نكاحا باطلا ، كما لو تزوجت وهى فى نكاحه ويجب أن يفرق بينه وبينها — فإن لم يدخل بها فالعدة بحالها ولا تنقطع بالعقد

الثانى ، لأنه باطل لا تصير به المرأة فراشاً ولا يستحق عليه بالعقد شىء وتسقط سكناها ونفقتها عن الزوج الأول لأنها ناشز ، وإن وطئها انقطعت العدة ، سواء علم التحريم أو جهله

وقال أبو حنيفة لا تنقطع لأن كونها فراشاً لغير من له العدة لا يمنعها ، كما لو وطئت بشبهة وهى زوجة فإنها تعتد وإن كانت فراشاً للزوج .

إذا ثبت هذا فعليه فراقها ، فإن لم يفعل فعليه التفريق بينهما ، فإن فارقها أو فرق بينهما وجب عليها أن تكمل عدة الأول لأن حقه أسبق وعدته وجبت عن وطء فى نكاح صحيح ، فإذا أكملت عدة الأول وجب عليها أن تعتد من الثانى ولا تتداخل العدتان لأنهما من رجلين ، وهذا مذهب أحمد .

وقال أبو حنيفة : يتداخلان فتأتى بثلاثة قروء بعد مفارقة الثانى تكون عن بقية عدة الاول وعدة الثانى لأن القصد معرفة براءة الرحم وهذا تحصل به براءة الرحم منهما جميعاً . وهذا خطأ لما روى مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار « أن طليحة كانت تحت رشيد الثقفى فطلقها ونكحها غيره فى عدتها ، فضربها عمر بن الخطاب وضرب زوجها ضربات بمخفقة وفرق بينهما ثم قال : أيما امرأة نكحت فى عدتها فإن كان زوجها الذى تزوجها لم يدخل بها فرق بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من زوجها الاول ، وكان خاطبا من الخطاب ، وان كان دخل بها فرق بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من الأول ثم اعتدت من الآخر ولا ينكحها أبداً .

وروى عن على عليه السلام أنه قضى فى التى تزوج فى عدتها أنه يفرق بينهما ولها الصداق بما استحل من فرجها ، وتكمل ماأفسدت من عدة الاول وتعتد من الآخر . هذا ما قاله خليفتان من الراشدين لا نعلم لهما مخالفاً من الصحابة

(فرع) إذا مات زوج الرجعية استأنفت عدة الوفاة أربعة أشهر وعشراً بلا خلاف . قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على ذلك ، وذلك لأن الرجعية زوجة يلحقها طلاقه وينالها ميراثه فاعتدت للوفاة كغير المطلقة ، وإن مات مطلق البائن فى عدتها بنت على عدة الطلاق لأنه مات وليست زوجة له لأنها بائن من النكاح فتكون غير منكوحة . وبهذا قال مالك وأبو عبيد

وأبو ثور وابن المنذر وقال أحمد تلزمها عدة الطلاق ، إلا أن يطلقها فى مرض موته فإنها تعتد أطول الأجلين من عدة الوفاة أو ثلاثة قروء : وبه قال الثورى وأبو حنيفة ومحمد بن الحسن ، لأنها وارثة له فيجب عليها عدة الوفاة كالرجعية وتلزمها عدة الطلاق لما ذكروه فى دليلهم ، وإن مات المريض المطلق بعد انقضاء عدتها بالحيض أو بالشهور أو بوضع الحمل أو كان طلاقه قبل الدخول فليس عليها عدة لموته

قال المصنف رحمه الله تعالى :

﴿ فصل ﴾ وإن طلق إحدى امرأتيه بعينها ثلاثاً ومات قبل أن يبين نظرت فان لم يدخل بهما اعتدت كل واحدة منهما أربعة أشهر وعشراً ، لأن كل واحدة منهما يجوز أن تكون هى الزوجة فوجبت العدة عليهما ليسقط الفرض بيقين ، كمن نسى صلاة من صلاتين لا يعرف عينها

وإن دخل بهما — فان كانتا حاملتين — اعتدتا بوضع الحمل . لأن عدة الطلاق والوفاة فى الحمل واحدة ، وان كانتا من ذوات الشهور اعتدتا بأربعة أشهر وعشر ، لأنها تجمع عدة الطلاق والوفاة ، وان كانتا من ذوات الاقراء اعتدتا بأقصى الاجلين من أربعة أشهر وعشر أو ثلاثة أقراء ، وابتداء الاشهر من موت الزوج ، وابتداء الاقراء من وقت الطلاق ليسقط الفرض بيقين .

وان اختلفت صفتهما فى العدة كان حكم كل واحدة منهما على الانفراد كحكمها إذا اتفقت صفتهما ، وقد بيناه .

وإن طلق إحداهما لا بعينها ومات قبل أن يعين فالحكم فيه على ما ذكرناه إذا كانت المطلقه معينه ومات قبل أن يبين الا فى شىء واحد . وهو أنا متى أمرناها بالاعتداد بالشهور أو الاقراء ، فان ابتداء الأشهر من حين الموت ، فأما الاقراء ، فان قلنا على أحد الوجهين إن ابتداء العدة من حين يلفظ بالطلاق كان ابتداء الأقراء من حين الطلاق ، وان قلنا بالوجه الآخر ان ابتداء العدة من حين التعيين كان ابتداء الأقراء من حين الموت ، لأن بالموت وقع الإياس من بيانه وقبل الموت لم ييأس من بيانه

(الشرح) إذا طلق واحدة من نسائه بعينها وأنسيها فإنه يحرم عليه الجميع ، فإن مات فعلى الجميع الاعتداد بأقصى الأجلين إذا كن من ذوات الأقراء من عدة الطلاق والوفاة ، لأن النكاح كان ثابتاً بيقين وكل واحدة منهن يحتمل أن تكون هى المطلقة وأن تكون زوجة فوجب أقصى الأجلين إن كان الطلاق بائناً ليسقط الفرض بيقين ، كمن نسى صلاة من يوم لا يعلم عينها لزمه أن يصلى خمس صلوات لكن ابتداء القروء من حين طلق . وابتداء عدة الوفاة من حين الموت ، وهذا هو مذهب أحمد بن حنبل .

وإن طلق الجميع ثلاثاً بعد ذلك فعليهن كلهن تكميل عدة الطلاق من حين طلقهن ثلاثا ، وإن طلق الجميع ثم أنسيهن فهو كما لو طلق واحدة ، وإذا طلق واحدة لا بعينها من نسائه فعلى ما قلنا فى التى قبلها

وقال أصحاب أحمد : أخرجت بالقرعة وعليها العدة دون غيرها ، وتحسب عدتها من حين طلق لا من حين القرعة

قال الشافعى رضى الله عنه : وإذا علمت المرأة بقين وفاة الزوج أو طلاقه ببينة تقوم لها على موته أو طلاقة أو أى علم صادق ثبت عندها اعتدت من يوم يكون الطلاق وتكون الوفاة ، وإن لم تعتد حتى تمضى عدة الطلاق والوفاة لم يكن عليها عدة ، لأن العدة إنما هى مدة تمر عليها ، فإذا مرت عليها فليس عليها مقام مثلها . قال وإذا خفى ذلك عليها وقد استيقنت بالطلاق أو الوفاة اعتدت من يوم استيقنت أنها اعتدت منه . وقد روى عن غير واحد من أصحاب النبى (ص) أنه قال : تعتد من يوم يكون الطلاق أو الوفاة . اه

(فرع) والعشر المعتبرة فى العدة هى عشر ليال بأيامها ، فتجب عشرة أيام مع الليالى ، وبهذا قال مالك وأحمد وأبو عبيد وابن المنذر وأصحاب الرأى . وقال الاوزاعى : يجب عشر ليال وتسعة أيام ، لأن العشر تستعمل فى الليالى دون الأيام ، وإنما دخلت الأيام اللاتى فى أثناء الليل تبعا

قلنا : العرب تغلب اسم التأنيث فى العدد خاصه على المذكر فتطلق لفظ الليالى وتريد الليالى بأيامها ، كما قال تعالى لزكريا « آيتك ألا تكلم الناس ثلاث ليال

سويا ، يريد أيامها بدليل أنه قال فى موضع آخر «آيتك ألا تكلم الناس ثلاثة أيام إلا رمزاً» يريد بلياليها . ولو نذر اعتكاف العشر الاخير من رمضان لزمه الليالى والايام ، ويقول القائل (سرنا عشراً) يريد الليالى بأيامها ، فلم يجز نقلها عن العدة إلى الإباحة بالشك . وما فى الفصل من اختلاف صفاتهن أو اتفاقها فعلى وجهه .

قال المصنف رحمه الله تعالى

﴿ فصل ﴾ إذا فقدت المرأة زوجها وانقطع عنها خبره ففيه قولان (أحدهما) وهو قوله فى القديم إن لها أن تفسخ النكاح ثم تتزوج ، لما روى عمرو بن دينار عن يحيى بن جعدة « أن رجلا استهوته الجن فغاب عن امرأته ، فأتت عمر بن الخطاب رضى الله عنه فأمرها أن تمكث أربع سنين ، ثم أمرها أن تعتد ثم تتزوج » ولأنه إذا جاز الفسخ لتعذر الوطء بالتعنين وتعذر النفقة بالإعسار ، فلأن يجوز ههنا — وقد تعذر الجميع — أولى

(والثانى) وهو قوله فى الجديد وهو الصحيح أنه ليس لها الفسخ ، لأنه اذا لم يجز الحكم بموته فى قسمة ماله لم يجز الحكم بموته فى نكاح زوجته ، وقول عمر رضى الله عنه يعارضه قول على عليه السلام « تصبر حتى يعلم موته » ويخالف فرقة التعنين والإعسار بالنفقة ، لأن هناك ثبت سبب الفرقة بالتعنين ، وههنا لم يثبت سبب الفرقة وهو الموت

فإن قلنا بقوله القديم قعدت أربع سنين ثم تعتد عدة الوفاة ثم تتزوج ، لما رويناه عن عمر رضى الله عنه ، ولأن بمضى أربع سنين يتحقق براءة رحمها ثم تعتد ؛ لأن الظاهر أنه مات فوجب عليها عدة الوفاة

قال أبو إسحق يعتبر ابتداء المدة من حين أمرها الحاكم بالتربص . ومن أصحابنا من قال يعتبر من حين انقطع خبره ، والأول أظهر ، لأن هذه المدة ثبتت بالاجتهاد فافتقرت الى حكم الحاكم كمدة التعنين . وهل يفتقر بعد انقضاء العدة الى الحكم بالفرقة ؟ فيه وجهان (أحدهما) أنه لا يفتقر ، لأن الحكم بتقدير المدة حكم بالموت بعد انقضائها

(والثانى) أنه يفتقر إلى الحكم لأنه فرقة مجتهد فيها فافتقرت إلى الحاكم كفرقة العنين ، وهل تقع الفرقة ظاهراً وباطنا ؟ فيه وجهان (أحدهما) تقع ظاهراً وباطناً ، فإن قدم الزوج وقد تزوجت لم يجز أن ينتزعها من الزوج ، لأنه فسخ مختلف فيه ، فنفذ فيه الحكم ظاهراً وباطناً كفرقة التعنين (والثانى) ينفذ فى الظاهر دون الباطن ، لأن عمر رضى الله عنه جعل للمفقود لما رجع أن يأخذ زوجته . وإن قلنا بالقول الجديد إنها باقية على نكاح الزوج ، فإن تزوجت بعد مدة التربص وانقضاء العدة فالنكاح باطل ، فإن قضى لها حاكم بالفرقة فهل يجوز نقضه على قوله الجديد ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يجوز لأنه حكم فيما يسوغ فيه الاجتهاد (والثانى) أنه يجوز لأنه حكم مخالف لقياس جلى ، وهو أنه لا يجوز أن يكون حياً فى ماله ميتاً فى نكاح زوجته

﴿ فصل ﴾ وإن رجع المفقود ، فإن قلنا بقوله الجديد سلمت الزوجة اليه ، وإن قلنا بقوله القديم وقلنا إن حكم الحاكم لا ينفذ فى الباطن سلمت اليه ، وإن قلنا إنه ينفذ ظاهراً وباطنا لم تسلم اليه ، وان فرق الحاكم بينهما وتزوجت ثم بان أن المفقود كان قد مات وقت الحكم بالفرقة — فإن قلنا بقوله القديم — صح النكاح ، سواء قلنا إن الحكم ينفذ فى الظاهر دون الباطن ، أو قلنا إنه ينفذ فى الباطن دون الظاهر ، لأن الحكم أباح لها النكاح وقد بان أن الباطن كالظاهر . وإن قلنا بقوله الجديد ففى صحة النكاح الثانى وجهان بناء على القولين فيمن وصى بمكاتبه ثم تبين أن الكتابة كانت فاسدة

(الشرح) يحي بن جعدة اختلف فى صحبة أبيه جعدة بن هبيرة بن أبى وهب المخزومى القرشى ، فقد تزوج هبيرة بن أبى وهب بأم هانىء بنت أبى طالب فولدت أم هانىء ثلاثة بنين : جعدة وهانىء ويوسف . وقال الزبير بن بكار : أربعة بنين أحدهم جعدة ، وقد تولى جعدة على خراسان لعلى بن أبى طالب ، وهو ابن أخته وهو القائل :

أبى من مخزوم ان كنت سائلا ... ومن هاشم أمى لخير قبيل
فمن الذى يبنأى[1] على بخاله ... كخالى على ذى الندى وعقيل

---

(١) يبأى أى يفخر

أما ولده يحي فليس من رواته ولكنه ثقة ، وقد أرسل عن ابن مسعود ونحوه وهو من الطبقة الثالثة .

أما رواية يحي هنا فقد أخرجها ابن أبي الدنيا قال « وحدثنا أبومسلم عبد الرحمن ابن يوسف حدثنا سفيان بن عيينة عن عمرو بن دينار عن يحي بن جعدة قال : انتسفت الجن رجلا على عهد عمر رضى الله عنه فلم يدروا أحياً هو أم ميتاً ؟ فأتت امرأته عمر رضى الله عنه فأمرها أن تتربص أربع سنين ثم أمر وليه أن يطلق ثم أمرها أن تعتد وتتزوج فإن جاء زوجها خير بينها و بين الصداق » ويحي لم يعاصر عمر بن الخطاب ولم يره فيكون فى الخبر انقطاع

وقد أخرج ابن أبي الدنيا هذا الخبر بإسناد آخر : حدثنى اسماعيل بن اسحق حدثنا خالد بن الحارث حدثنا سعيد بن أبى عروبة عن قتادة عن أبى نضرة عن عبد الرحمن بن أبي ليلى أن رجلا من قومه خرج ليصلى مع قومه صلاة العشاء ففقد ، فانطلقت امرأته الى عمر بن الخطاب فحدثته بذلك ، فسأل عن ذلك قومها فصدقوها ، فأمرها أن تتربص أربع سنين فتربصت ثم أتت عمر فأخبرته بذلك فسأل عن ذلك قومها فصدقوها ، فأمرها أن تتزوج ، ثم ان زوجها الأول قدم فارتفعوا الى عمر فقال عمر: يغيب أحدكم الزمان الطويل لا يعلم أهله حياته ، قال كان لى عذر ؟ قال وما عذرك ؟ قال خرجت أصلى مع قومى صلاة العشاء فسبتنى أو قال أصابتنى الجن فكنت فيهم زمنا طويلا ، فغزاهم جن مؤمنون فقاتلوهم فظهروا عليهم فأصابوا لهم سبايا فكنت فيمن أصابوا ، فقالوا ما دينك ؟ قلت مسلم . قالوا أنت على ديننا لا يحل لنا سبيك ، فخيرونى بين المقام و بين القفول فاخترت القفول . فأقبلوا معى بالليل بشرآ يحدونى ، وبالنهار اعصار وريح أتبعها . قال فما كان طعامك ؟ قال كل ما لم يذكر اسم الله عليه . قال فما كان شرابك ؟ قال الجدف

قال قتادة : الجدف ما لم يخمر من الشراب

قال فخيره عمر رضى الله عنه بين المرأة وبين الصداق . وفى إسناده أبو نضرة وليس كل أحد يحتج به .

وأورد العقيلي في الضعفاء ، وذكره صاحب الكامل ولم يذكر شيئاً أكثر من أنه كان عريفاً لقومه ، قال الذهبي : ولكن احتج به البخاري . وأخرجه الأثرم والجوزجاني بإسنادهما عن عبيد بن عمير وعبد الرزاق بسنده في النقيد ، ومالك والشافعي مختصراً .

أما الأحكام : فإذا غاب الرجل عن امرأته غيبة غير منقطعة ، يعرف فيها خبره ومكانه ويأتي كتابه ، فهذا ليس لامرأته أن تتزوج في قول أهل العلم أجمعين ، إلا أن يتعذر الانفاق عليها من ماله ، فلها أن تطلب فسخ النكاح فيفسخ نكاحه .

وأجمعوا على أن زوجة الأسير لا تنكح حتى تعلم يقين وفاته ، وهذا قول النخعي والزهري ويحيى الأنصاري ومكحول وأحمد بن حنبل وأبي عبيد وأبي ثور وإسحاق وأصحاب الرأي ، وان أبق العبد فزوجته على الزوجية حتى تعلم موته أو ردته ، وبه قال الاوزاعي والثوري وإسحاق .

وقال الحسن : اباقه طلاقه . أما إذا غاب غيبة منقطعة بأن يفقد وينقطع خبره ولا يعلم مكانه فهذا ينقسم قسمين .

(أحدهما) أن يكون ظاهر غيبته السلامة كسفر التجارة في غير مهلكة وطلب العلم والسياحة والأسر في حبس السلطان فلا تزول الزوجية أيضاً مالم يثبت موته ، هذا هو قوله في الجديد ، وهو مروى عن علي وابن شبرمة وابن أبي ليلى والثوري وأبي حنيفة وأبي قلابة والنخعي وأبي عبيد .

وقال في القديم تتربص أربع سنين وتعتد للوفاة أربعة أشهر وعشراً وتحل للأزواج لأنه إذا جاز الفسخ لتعذر الوطء بالعنة ، وتعذر النفقة بالإعسار ، فلأن يجوز ههنا لتعذر الجميع أولى ،واحتجوا بحديث عمر في المفقود مع موافقة الصحابة له وتركهم إنكاره ولم يقل بهذا من الفقهاء إلا مالك . ونقل أحمد بن أصرم عن أحمد بن حنبل اذا مضى عليه تسعون سنة قسم ماله ، وهذا يقتضى أن زوجته تعتد عدة الوفاة ثم تتزوج .

قال ابن قدامة ، قال أصحابنا انما اعتبر تسعين سنة من يوم ولادته ، لأن

الظاهر أنه لا يعيش أكثر من هذا العمر ، فإذا اقترن به انقطاع خبره وجب الحكم بموته ، كما لو كان فقده بغيبة ظاهرها الهلاك ، والمذهب الاول لان هذه غيبة ظاهرها السلامة فلم يحكم بموته كما قيل فى الاربع سنين أو كما قبل التسعين ، ولأن هذا التقدير بغير توقيف ، والتقدير لا ينبغى أن يصار اليه الا بالتوقيف لان تقديرها بتسعين سنة من يوم ولادته يفضى الى اختلاف العدة فى حق المرأة باختلاف عمر الزوج ولا نظير لهذا ، وخبر عمر ظاهر فيمن ظاهر غيبته الهلاك فلا يقاس على غيره .

(القسم الثانى) أن تكون غيبته ظاهرها الهلاك كالذى يفقد من بين أهله ليلا أو نهاراً ، أو يخرج الى الصلاة فلا يرجع ، أو يمضى الى مكان قريب ليقضى حاجته فلا يظهر له أثر ولا خبر أو يفقد فى حومة القتال بين الصفين أو تتحطم بهم باخرة فيغرق بعض رفقته أو يفقد فى مهلكة كصحراء الفيوم ومنخفض القطارة من ديار مصر حرسها الله أو فى صحراء الجزائر الكبرى من قطر الجزائر أيده الله ، أو الربع الخالى من البلاد الحجازية أعلى الله رايتها .

فقال فى القديم : تتربص أربع سنين أكثر مدة الحمل ثم تعتد للوفاة أربعة أشهر وعشراً وتحل للأزواج .

وقال أحمد : من ترك هذا القول فأى شيء يقول ، وهو قول عمر وعثمان وعلى وابن عباس وابن الزبير .

وقال فى الجديد تتربص حتى يتبين موته أو فراقه ، لما روى المغيرة بن شعبة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « امرأة المفقود امرأته حتى يأتى زوجها » .

وروى الحكم وحماد عن على : لا تتزوج امرأة المفقود حتى يأتى موته أو طلاقه ، لأنه شك فى زوال الزوجية فلم تثبت به الفرقة كما لو كان ظاهر غيبته السلامة ، وفى اعتبار ابتداء المدة من حين الغيبة أو من حين ضرب الحاكم المدة وجهان .

(أحدهما) يعتبر ابتداؤهما من حين ضربها الحاكم لأنها مدة مختلف فيها فافتقرت الى ضرب الحاكم كمدة العنة .

(والثانى) من حين انقطع خبره وبعد أثره لأن هذا ظاهر فى موته ، فكان ابتداء المدة منه كما لو شهد به شاهدان ، ولأحمد روايتان كالوجهين .

(فرع) اذا قدم زوجها الأول قبل أن تتزوج فهى امرأته . وقال بعض أصحابنا اذا ضربت لها المدة فانقضت بطل نكاح الاول ، والحق أننا انما أبحنا لها التزويج ، لأن الظاهر موته ، فإذا بان حيا انخرم ذلك الظاهر وكان النكاح بحاله كما لو شهدت البينة بموته ثم بان حيا .

والقياس الجلى أنه لا ينبغى أن نثبت له الحياة فى ملكه ولا نثبتها له فى نكاحه والنكاح أحد الملكين فأشبه ملك المال ، وهذا هو أحد الوجهين عندنا . فأما ان قدم بعـــد أن تزوجت نظرنا ، فإن كان قبل الدخول بالثانى فهى زوجة الأول ترد اليـه .

أما بعد الدخول فإن قلنا : التفريق بينها وبين الزوج الأول بحكم الحاكم وأن الفرقة وقعت ، فعلى قوله الجديد تسلم الزوجة إلى زوجها الأول ولا كلام .

وإن قلنا بقوله القديم : وقلنا إن حكم الحاكم يقتصر على الظاهر دون الباطن سلمت الزوجة إلى زوجها الأول .

وإن قلنا : إن حكمه ينفذ ظاهراً وباطناً لم تسلم اليه . وقال أحمد : أما قبل الدخول فهى امرأته ، وإنما التخيير بعـــد الدخول ، وهو قول الحسن وعطاء وخلاس بن عمرو والنخعى وقتادة ومالك وإسحاق ، وفى رواية لأحمد : إذا تزوجت امرأته فجاء خير بين الصداق وبين امرأته .

قال ابن قدامة : والصحيح أن عموم كلام أحمد يحمل على أنه لا تخيير إلا بعد الدخول ، فتكون زوجة الأول رواية واحدة لأن النكاح إنما صح فى الظاهر دون الباطن ، فإذا قدم تبينا أن النكاح كان باطلا ، لأنه صادف امرأة ذات زوج فكان باطلا كما لو شهدت بينة بموته ، وليس عليه صداق لأنه نكاح فاسد لم يتصل به دخول ، ويعود الزوج بالعقد الأول كما لو لم تتزوج .

(فرع) إذا تزوجت امرأة المفقود فى وقت ليس لها أن تتزوج فيه مثل أن

تتزوج قبل مضى المدة التى يباح لها التزويج بعدها أو كانت غيبة زوجها ظاهرها السلامة أو ما أشبه هذا ، فإن تبين أن زوجها قد مات وانقضت عدتها منه أو فارقها وانقضت عدتها ففى صحة نكاحها وجهان .

(أحدهما) هو صحيح لانها ليست فى نكاح ولا عدة فصح تزويجها كما لو علمت ذلك (والثانى) لا يصح لأنها معتقدة تحريم نكاحها وبطلانه ، وأصل هذا من باع عيناً فى يده يعتقدها لمورثه فبان مورثه ميتاً والعين مملوكة له بالإرث هل يصح البيع ؟ فيه وجهان كذا ههنا ، والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

﴿ باب مقام المعتـــدة والمكان الذى تعتد فيه ﴾

إذا طلقت المرأة فإن كان الطلاق رجعياً كان سكناها حيث يختار الزوج من المواضع التى تصلح لسكنى مثلها ، لأنها تجب لحق الزوجية ، وإن كان الطلاق بائناً نظرت فإن كان فى بيت يملك الزوج سكناه بملك أو إجارة أو إعارة ، فإن كان الموضع يصلح لسكنى مثلها لزمها أن تعتد فيه لقوله عز وجل « أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم » فأوجب أن تسكن فى الموضع الذى كان يسكن الزوج فيه ، فإن كان الموضع يضيق عليهما انتقل الزوج وترك السكنى لها ، لأن سكناها تختص بالموضع الذى طلقها فيه . وإن اتسع الموضع لهما وأراد أن يسكن معها نظرت فإن كان فى الدار موضع منفرد يصلح لسكنى مثلها ، كالحجرة أو علو الدار ، أو سفلها وبينهما باب مغلق فسكنت فيه وسكن الزوج فى الثانى جاز ، لأنهما كالدارين المتجاورتين ، فإن لم يكن بينهما باب مغلق فإن كان لها موضع تستتر فيه ومعها محرم لها تتحفظ به كره ، لأنه لا يؤمن النظر ولا يحرم ، لأن مع المحرم يؤمن الفساد ، فإن لم يكن محرم لم يجز لقوله عليه السلام « لا يخلون رجل بامرأة ليست له بمحرم ، فإن ثالثهما الشيطان »

(فصل) وإن أراد الزوج بيع الدار التى تعتد فيها نظرت — فإن كانت مدة العدة غير معلومة ، كالعدة بالحمل أو بالاقراء — فالبيع باطل لأن المنافع فى مدة العدة مستثناة ، فيصير كما لو باع الدار واستثنى منفعة مجهولة ، فإن كانت مدة العدة معلومة كالعدة بالشهور ففيه طريقان (أحدهما) أنها على قولين كبيع الدار المستأجرة (والثانى) أنه يبطل قولا واحداً ، والفرق بينهما أن منفعة الدار تنتقل الى المستأجر ، ولهذا إذا مات انتقل الى وارثه فلا يكون فى معنى من باع

الدار واستثنى بعض المنفعة ، والمرأة لا تنتقل المنفعة اليها فى مدة العدة ؛ ولهذا إذا ماتت رجعت منافع الدار الى الزوج فيكون فى معنى من باع الدار واستثنى منفعتها لنفسه .

(فصل) وان حجر على الزوج بعد الطلاق لديون عليه لم يبع المسكن حتى تنقضى العدة ، لأن حقها يختص بالعين فقدمت كما يقدم المرتهن على سائر الغرماء وإن حجر عليه ثم طلق ضاربت المرأة الغرماء بحقها فان بيعت الدار استؤجر لها بحقها مسكن تسكن فيه لأن حقها وان ثبت بعد حقوق الغرماء الا أنه يستند الى سبب متقدم وهو الوطء فى النكاح ، فان كانت لها عادة فيما تنقضى به عدتها ضاربت بالسكنى فى تلك المدة فان انقضت العدة فيما دون ذلك ردت الفاضل على الغرماء ، فان زادت مدة العدة على العادة ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) أنها ترجع على الغرماء بما بقى لها كما ردت الفاضل اذا انقضت عدتها فيما دون العادة .

(والثانى) لا ترجع عليهم لأن الذى استحقت الضرب به قدر عادتها

(والثالث) ان كانت عدتها بالاقراء لم ترجع لأن ذلك لا يعلم الا من جهتها وهى متهمة ؛ وان كانت بوضع الحمل أقامت البينة على وضع الحمل ورجعت عليهم لأنه لا يلحقها فيه تهمة ، فان لم يكن لها عادة فيما تنقضى به عدتها ضربت معهم بأجرة أقل مدة تنقضى بها العدة لأنه يقين فلا يجب مازاد بالشك ، فان زادت المدة على أقل ما تنقضى به العدة كان الحكم فى الرجوع بالزيادة على ما ذكرناه اذا زادت على العادة

(فصل) وان طلقت وهى فى مسكن لها لزمها أن تعتد به لأنه مسكن وجبت فيه العده ، ولها أن تطالب الزوج بأجرة المسكن لأن سكناها عليه فى العدة

(الشرح) الحديث أخرجه أحمد فى مسنده من حديث عامر بن ربيعة بلفظ « لا يخلون رجل بامرأة لا تحل له فان ثالثهما الشيطان الا محرم » ، وأخرجه من حديث جابر بلفظ « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يخلون بامرأة ليس معها ذو محرم منها فان ثالثهما الشيطان» وقد أخرج معناه الشيخان عن ابن عباس وأحمد ومسلم وأبوداود والترمذى من حديث أبى سعيد الخدرى وجرير بن عبدالله

وبريدة وعقبة بن عامر . أما الأحكام فقوله تعالى « أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم » قال ابن العربي: وبسط ذلك وتحقيقه أن الله سبحانه لما ذكر السكنى أطلقها لكل مطلقة ، فلما ذكر النفقة قيدها بالحمل ، فدل على أن المطلقة البائن لا نفقة لها .

(قلت) إن كانت المطلقة رجعية فإنها من نسائه ترثه ويرثها وتسكن حيث يختار لها مايصلح لسكنى مثلها ، ولا تخرج إلا بإذنه ما كانت في عدتها ، ولم يؤمر الرجل بالسكنى لها ، لأن ذلك لازم لزوجها مع نفقتها وكسوتها ، حاملا كانت أو حائلا ، وإنما أمر الله بالسكنى للائى بنّ مع أزواجهن مع نفقتهن . قال تعالى (وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن) فجعل عز وجل للحوامل اللائى بنّ من أزواجهن السكنى والنفقة ، فالمطلقة ثلاثا إن كانت حاملا وجب لها السكنى قولا واحداً لا نعلم بين أهل العلم خلافا فيه ، فإن لم تكن حاملا فقد اختلف العلماء في ذلك فقال الشافعي يجب لها السكنى ، وهو قول ابن مسعود وابن عمر وعائشة وسعيد بن المسيب والقاسم وسالم وأبي بكر بن عبد الرحمن وخارجة بن زيد وسليمان بن يسار ومالك والثوري وأصحاب الرأى وإحدى الروايتين عن أحمد لقول الله تعالى (لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة) وقوله تعالى (اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن) فأوجب لهن السكنى مطلقا . ثم خص الحامل بالإنفاق عليها .

وقال أحمد في أظهر روايتيه لا يجب لها ذلك . وهو قول ابن عباس وجابر وعطاء وطاوس والحسن وعمرو بن ميمون وعكرمة وإسحاق وأبي ثور وداود ابن علي ، لما روت فاطمة بنت قيس أن أبا عمرو بن حفص طلقها ألبتة وهو غائب ، فأرسل اليها وكيله بشعير فتسخطته فقال : والله ما لك علينا من شيء . فجاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكرت ذلك له ، فقال لها ليس لك عليه نفقة ولا سكنى ، فأمرها أن تعتد في بيت أم شريك ، ثم قال : إن تلك امرأة يغشاها أصحابي ، اعتدى في بيت ابن أم مكتوم ، أخرجه الشيخان .

ولكنا إذا تأملنا صدى هذا الخبر لوجدنا أن عمر رضى الله عنه أنكر عليها وقال « ما كنا لندع كتاب ربنا وسنة نبينا لقول امرأة لا ندرى أصدقت أم كذبت »

وقال عروة « لقد عابت عائشة ذلك أشد العيب ، وقال إنها كانت فى مكان وحش يخيف على ناحيتها »

وقال سعيد بن المسيب « تلك امرأة فتنت الناس ، إنها كانت لسنة ،فوضعت على يدى ابن أم مكتوم الأعمى »

ووجه القائلين بعدم وجوب السكنى لها ما قالت هى : بينى وبينكم كتاب الله قال تعالى (لا تدرى لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا) فأى أمر يحدث بعد الثلاث فكيف تقولون لا نفقة لها إذا لم تكن حاملا ؟ فعلام تحبسونها ؟ فكيف تحبس امرأة بغير نفقة ؟

* * *

وأما قول عمر لا ندع كتاب ربنا ، فقال أحمد بن حنبل لا يصدر هذا عن عمر ولكنه قال لا نجيز فى ديننا قول امرأة . وهذا مجمع على خلافه ، وقد أخذنا بخبر فريعة وهى امرأة ، وبرواية عائشة وأزواج رسول الله صلى الله عليه وسلم فى كثير من الأحكام ، وصار أهل العلم إلى خبر فاطمة . هذا فى كثير من الاحكام مثل سقوط نفقة المبتوتة اذا لم تكن حاملا الخ ما قال

فإن كان الموضع الذى طلقها فيه يناسبها للعيش بمفردها لزمها ذلك ، كما يلزمه إقرارها لقوله تعالى (لا تخرجوهن من بيوتهن) فإن لم يناسبها فعليه أن يختار لها مسكنا يناسب مثلها ، فإن كان فى مسكن يملكه الزوج أو يؤجره ويصلح لمثلها اعتدت فيه ، فان ضاق عنها انتقل عنها وتركه لها لأنه يلزم أن تسكن فى الموضع الذى كان الزوج يسكن فيه لقوله تعالى (أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم)

وقد ذهب أحمد ومن ذكرنا انه لا سكنى للمبتوتة ولا نفقة

وقالوا فى الآية : انها للرجعية ، ولأن السكنى تابعة للنفقة ، فلما لم تجب للمبتوتة نفقة لم يجب لها سكنى ، وحجة أبى حنيفة أن للمبتوتة النفقة قول الله تعالى « ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن » وترك النفقة من أكبر الأضرار ، وفى إنكار عمر على فاطمة قولها ما يبين هذا ، ولأنها معتدة تستحق السكنى عن طلاق فكانت لها النفقة كالرجعية ، ولأنها محبوسة عليه لحقه فاستحقت النفقة كالزوجة أما مذهبنا فإنه يلزمه أن يترك الموضع لها إن ضاق عليهما ، فان اتسع لهما وفى الدار غرفة منفردة أو حجرة فى علو الدار أو سفلها وبينهما باب مغلق سكنت فيه وسكن الزوج فى الباقى ، لأنهما كالدارين المستقلتين المتجاورتين ، وإن لم يكن بينهما باب مغلق لكن لها موضع تتستر فيه بحيث لايراها ، ومعها محرم تتحفظ به جاز ، لأن مع المحرم يؤمن الفساد ويكره فى الجملة ، لأنه لا يؤمن النظر ، وان لم يكن معها محرم لم يجز ، لقوله صلى الله عليه وسلم « لا يخلون رجل بإمرأة ليست له بمحرم ، فإن ثالثهما الشيطان » وان امتنع من إسكانها أجبره الحاكم ، وان كان الزوج حاضراً والمسكن لائقاً فا كترت لنفسها موضعاً أو سكنت فى ملكها لم ترجع بالأجرة لأنها تبرعت بذلك فلم ترجع به على أحد ، وإن عجز الزوج عن إسكانها لعسرته أو غيبته أو امتنع من ذلك مع قدرته سكنت حيث شاءت ، وكذلك الشأن فى المتوفى عنها زوجها إذا لم يقم ورثته باسكانها ، وهو إنما تلزمها السكنى فى منزله لتحصين مائه ، فاذا لم يفعل لم يلزمها ذلك

وقال الشافعى فى الام : بعد ذكر الآية « فذكر الله عز وجل المطلقات جملة لم يخصص منهن مطلقة دون مطلقه ، فجعل على أزواجهن أن يسكنوهن من وجدهم ، وحرم عليهم أن يخرجوهن وعليهن ألا يخرجن : الا أن يأتين بفاحشه مبينه فيحل إخراجهن

فكان من خوطب بهذه الآية من الأزواج يحتمل أن اخراج الزوج امرأته المطلقه من بيتها منعها السكنى لان الساكن إذا قيل أخرج من مسكنه فانما قيل : منع مسكنه ، وكما كان كذلك إخراجه إياها .

وكذلك خروجها بامتناعها من السكن فيه وسكنها فى غيره ، فكان هذا

الخروج المحرم على الزوج والزوجه رضيا بالخروج معاً أو سخطا معاً أو رضى به أحدهما دون الآخر فليس للمرأة الخروج ولا للرجل إخراجها إلا فى الموضع الذى استثنى الله عز ذكره من أن تأتى بفاحشه مبينه وفى العذر ، فكان فيما أوجب الله تعالى على الزوج والمرأة من هذا تعبداً لهما ، وقد يحتمل مع التعبد أن يكون لتحصين فرج المرأة فى العدة ، وولد إن كان بها .

ثم تكلم الشافعى عن خروج المرأة وأنها لاتخرج بحال ليلا ولا نهارا إلا من عذر قال : ولو فعلت هذا كان أحب الىّ وكان احتياطاً لا يبقى فى القلب معه شىء وانما منعنا من ايجاب هذا عليها مع احتمال للآيه لما ذهبنا اليه من ايجابه على ما قال ما وصفنا من احتمال الآيات قبل لما وصفنا .

اذا ثبت هذا : فانه اذا كانت فى مسكن لزوجها فأخرجها الورثه منه وبذلوا لها سكنا لم تلزمها السكنى ، وكذلك ان أخرجت من المسكن الذى هى به أو أخرجت لأى غارض كان لم تلزمها السكنى فى موضع معين سواه ؛ سواء بذله الورثه أو غيرهم لأنها انما يلزمها الاعتداد فى بيتها الذى كانت فيه لا فى غيره .

وكذلك اذا قلنا لها السكن فتعذر سكناها فى مسكنها وبذل لها سواه ، وان طلبت مسكنا سواه لزم الورثه تحصيله بالاجرة أو بغيرها ان خلف الميت تركة تفى بذلك ويقدم ذلك على الميراث ، لانه حق على الميت فأشبه الدين ، فان كان على الميت دين يستغرق ماله ضربت بأجرة المسكن مع الغرماء ، لان حقها مساو لحقوق الغرماء وتستأجر بما يصيبها موضعاً لسكنه .

وكذلك الحكم فى المطلقه اذا حجر على الزوج قبل أن يطلقها ثم طلقها ؛ فانها تضرب بأجرة المسكن لمدة العدة مع الغرماء اذا كانت حاملا ، فان قيل : فهلا قدمتم حق الغرماء لأنه أسبق ؟ قلنا : لأن حقها ثبت عليه بغير اختيارها فشاركت الغرماء فيه كما لو أتلف المفلس مالا لإنسان أو جنى عليه ، وان مات وهى فى مسكنه لم يجز اخراجها منه لان حقها تعلق بعين المسكن قبل تعلق حقوق الغرماء بعينه ، فكان حقها مقدما كحق المرتهن ، وان طلب الغرماء بيع هذا المسكن وتترك السكنى لها مدة العدة لم يجز لأنها انما تستحق السكنى اذا كانت

حاملا ، ومدة الحمل مجهولة ، فتصير كما لو باعها واستثنى نفعها مدة مجهولة ، وان أراد الورثة قسمة مسكنها على وجه يضر بها فى السكنى لم يكن لهم ذلك ، وان أرادوا التعليم بخطوط من غير نقض ولا بناء جاز لانه لا ضرر عليها فيه .

قال الشافعى رضى الله عنه : وإن كان على زوجها دين لم يسكنها فيما يباع من ماله حتى تنقضى عدتها ، فأما إن كان أنزلها منزلا عارية أو بكراء لم يدفعه وأفلس فلأهل هذا كله أن يخرجوها منه وعليه أن يسكنها غيره إلا أن يفلس فإن أفلس ضربت مع الغرماء بأقل قيمة سكنى ما يكفيها بالغاً ما بلغ ، واتبعته بفضلة متى أيسر ، قال : وهكذا تضرب مع الغرماء بنفقتها حاملا وفى العدة من طلاقه اه .

قال المصنف رحمه الله تعالى

﴿ فصل ﴾ وان مات الزوج وهى فى العدة قدمت على الورثة فى السكنى لانها استحقتها فى حال الحياة فلم تسقط بالموت كما لو أجر داره ثم مات فإن أراد الورثة قسمة الدار لم يكن لهم ذلك ، لأن فيها اضراراً بها فى التضييق عليها ، وان أرادوا التمييز بأن يعلموا عليها بخطوط من غير نقض ولا بناء ، فان قلنا ان القسمة تمييز الحقين جاز لانه لا ضرر عليها ، وان قلنا انها بيع فعلى ما بيناه

﴿ فصل ﴾ وان توفى عنها زوجها وقلنا : انها تستحق السكنى فان كانت فى مسكن الزوج لزمها أن تعتد فيه ، لما روت فريعة بنت مالك « أن زوجها قتل فقال لها النبى صلى الله عليه وسلم امكثى حتى يبلغ الكتاب أجله » وان لم تكن فى مسكن الزوج وجب من تركته أجرة مسكنها مقدمة على الميراث والوصية ، لانه دين مستحق فقدم ، وان زاحمها الغرماء ضاربتهم بقدر حقها ، فان لم يكن له مسكن فعلى السلطان سكناها لما فى عدتها من حق الله تعالى ، وان قلنا : لا تجب لها السكنى اعتدت حيث شاءت ، فإن تطوع الورثة بالسكنى من مالهم وجب عليها الاعتداد فيه .

﴿ فصل ﴾ وان أمر الزوج امرأته بالانتقال الى دار أخرى فخرجت بنية

الانتقال ثم مات أو طلقها وهى بين الدارين ففيه وجهان (أحدهما) أنها تخير بين الدارين فى الاعتداد ، لأن الأولى خرجت عن أن تكون مسكناً لها بالخروج منها والثانية لم تصر مسكناً لها (والثانى) وهو الصحيح أنه يلزمها الاعتداد فى الثانية ، لأنها مأمورة بالمقام فيها ممنوعة من الأولى

﴿ فصل ﴾ وإن أذن لها فى السفر فخرجت من البيت بنية السفر ثم وجبت العدة قبل أن تفارق البنيان ، ففيه وجهان (أحدهما) وهو قول أبى سعيد الاصطخرى أن لها أن تعود ولها أن تمضى فى سفرها ، لأن العدة وجبت بعد الانتقال من موضع العدة فصار كما لو فارقت البنيان (والثانى) وهو قول أبى إسحق أنه يلزمها أن تعود وتعتد لأنه لم يثبت لها حكم السفر ، فإن وجبت العدة وقد فارقت البنيان ، فإن كان فى سفر نقلة ففيه وجهان كما قلنا فيمن طلقت وهى بين الدار التى كانت فيها وبين الدار التى أمرت بالانتقال اليها ، فإن كانت فى سفر حاجة فلها أن تمضى فى سفرها ولها أن تعود ، لأن فى قطعها عن السفر مشقة ، وإن وجبت العدة وقد وصلت إلى المقصد ، فإن كان للبقاء لزمها أن تقيم وتعتد لأنه صار كالوطن الذى وجبت فيه العدة ، فإن كان لقضاء حاجة فلها أن تقيم الى أن تنقضى الحاجة ، فان كان لزيارة أو نزهة فلها أن تقيم مقام مسافر وهو ثلاثة أيام لأن ذلك ليس باقامة ، فان قدر لها إقامة مدة من شهر أو شهرين ففيه قولان

(أحدهما) أن لها أن تقيم المدة ، وهو اختيار المزنى ، لأنه مأذون فيه

(والثانى) أنها لا تقيم أكثر من إقامة المسافر وهو ثلاثة أيام ، لأنه لم يأذن فى المقام على الدوام فلم تزد على ثلاثة أيام ، فان انقضى ما جعل لها من المقام نظرت فان علمت أنها إذا عادت إلى البلد أمكن أن تقضى شيئا من عدتها ولم يمنعها خوف الطريق لزمها العود لتقضى العدة فى مكانها ، وان علمت أنها إذا عادت لم يبق منها شىء ففيه وجهان

(أحدهما) لا يلزمها لأنها لا تقدر على العدة فى مكانها

(والثانى) يلزمها لتكون أقرب الى الموضع الذى وجبت فيه العدة .

(فصل) إذا أحرمت بالحج ثم وجبت عليها العدة ، فان لم تخش فوات الحج إذا قعدت للعدة لزمها أن تقعد للعدة ثم تحج ، لأنه يمكن الجمع بين الحقين فلم يجز

إسقاط أحدهما بالآخر فإن خشيت فوات الحج وجب عليها المضى فى الحج لأنهما استويا فى الوجوب وتضيق الوقت والحج أسبق فقدم . وإن وجبت العدة ثم أحرمت بالحج لزمها القعود للعدة لأنه لا يمكن الجمع بينهما والعدة أسبق فقدمت

(الشرح) حديث فريعة بنت مالك أخرجه أبو داود فى الطلاق عن القعنبى والترمذى فى الطلاق عن إسحاق بن موسى والنسائى فى الطلاق عن محمد بن العلاء وعن قتيبة وعن اسحاق بن منصور وابن ماجه فى الطلاق عن أبى بكر والطبرانى فى الطلاق عن سعد بن اسحاق وقد صححه الترمذى ولفظه « خرج زوجى فى طلب أعلاج له فأدركهم فى طرف القدوم فقتلوه ، فأتانى نعيه وأنا فى دار شاسعة من دور أهلى ولم يدع نفقة ولا مالا ورثته وليس المسكن له ، فلو تحولت الى أهلى واخوتى لكان أرفق لى فى بعض شأنى . قال تحولى ، فلما خرجت إلى المسجد أو إلى الحجرة دعانى أو أمر بى فدعيت ، فقال امكثى فى بيتك الذى أتاك فيه نعى زوجك حتى يبلغ الكتاب أجله ، قالت فاعتددت فيه أربعة أشهر وعشراً ، قالت وأرسل إلىّ عثمان فأخبرته فأخذ به » ولم يذكر النسائى وابن ماجه إرسال عثمان وأخرجه أيضا مالك فى الموطأ والشافعى وابن حبان والحاكم وصححاه . وأعله ابن حزم بجهالة حال زينب بنت كعب بن عجرة الراوية له عن فريعة ، ولكن زينب المذكورة وثقها الترمذى وغيره فى الصحابة

وأما ما روى عن على بن المدينى بأنه لم يرو عنها غير سعد بن اسحاق فمردود بما فى مسند أحمد من رواية سليمان بن محمد بن كعب بن عجرة عن عمته زينب فى فضل الإمام على عليه السلام ، وقد أعل الحديث أيضاً بأن فى إسناده سعد بن إسحاق وتعقبه ابن القطان بأنه قد وثقه النسائى وابن حبان ، ووثقه أيضا ابن معين والدارقطنى وقال أبو حاتم صالح الحديث . وروى عنه جماعة من أكابر الائمة ولم يتكلم فيه بجرح ، وغاية ماقاله فيه ابن حزم وعبد الحق أنه غير مشهور وهذه دعوى باطلة ، فإن من يروى عنه مثل سفيان الثورى وحماد بن زيد ومالك بن أنس ويحيى بن سعيد والدراوردى وابن جريج والزهرى مع كونه أكبر منه ، وغير هؤلاء الائمة كيف يكون غير مشهور

أما اللغات فإن فريعة — بضم الفاء وفتح الراء بعدها ياء ساكنة — ويقال لها الفارعة ، وهى بنت مالك بن سنان — أخت أبى سعيد الخدرى — وشهدت بيعة الرضوان .

وقد استدل بهذا الحديث على أن المتوفى عنها زوجها تعتد فى المنزل الذى بلغها نعى زوجها وهى فيه ولا تخرج منه الى غيره ، وقد ذهب الى ذلك جماعة من الصحابة والتابعين ومن بعدهم ، واليه ذهب مالك وأبو حنيفة والأوزاعى واسحاق وأبو عبيد .

قال ابن عبد البر « وقد قال بحديث الفريعة جماعة من فقهاء الامصار بالحجاز والشام والعراق ومصر ، ولم يطعن فيه أحد منهم

قال الشافعى فى الأم ، قال الله تبارك وتعالى فى المطلقات « لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا أن يأتين بفاحشة مبينة » فكانت هذه الآية فى المطلقات وكانت المعتدات من الوفاة معتدات كعدة المطلقة ، فاحتملت أن تكون فى فرض السكنى للمطلقات ، ومنع إخراجهن تدل على أن فى مثل معناهن فى السكنى ومنع الاخراج المتوفى عنهن لأنهن فى معناهن فى العدة .

قال ودلت سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم على أن المتوفى عنها أن تمكث فى بيتها حتى يبلغ الكتاب أجله ، واحتمل أن يكون ذلك على المطلقات دون المتوفى عنهن فيكون على زوج المطلقة أن يسكنها لأنه مالك ماله ، ولا يكون على زوج المرأة المتوفى عنها سكنها لأن ماله مملوك لغيره .

ثم ساق حديث الفريعة بنت مالك ، ثم قال وإذا طلق الرجل امرأته فلها سكناها فى منزله حتى تنقضى عدتها ما كانت العدة حملا أو شهورا كان الطلاق يملك فيه الرجعة أو لا يملكها ؛ وان كان المنزل بكراء فالكراء على الزوج المطلق أو فى مال الزوج الميت ، ولا يكون للزوج المطلق إخراج المرأة من مسكنها الذى كانت تسكن معه ، كان له المسكن أو لم يكن

وقال الشافعى رضى الله عنه « ولو كانت تسكن فى منزل لها معه فطلقها وطلبت أن تأخذ كراء مسكنها منه كان لها فى ماله أن تأخذ كراء أقل ما يسعها من المسكن فقط .

ولو كان نقلها إلى منزل غير منزله الذى كانت فيه ثم طلقها أو مات عنها بعد أن صارت فى المنزل الذى نقلها اليه اعتدت فى ذلك المنزل الذى نقلها اليه وأذن لها أن تنتقل اليه . ولو كان أذن لها فى النقلة إلى منزل بعينه أو أمرها تنتقل حيث شاءت فنقلت متاعها وخدمها ولم تنتقل ببدنها حتى مات أو طلقها اعتدت فى بيتها الذى كانت فيه . ولا تكون منتقلة إلا ببدنها ، فإذا انتقلت ببدنها وإن لم تنتقل بمتاعها ثم طلقها أو مات عنها اعتدت فى الموضع الذى انتقلت اليه بإذنه

(فرع) قال الشافعى رضى الله عنه : ولو انتقلت بغير إذنه ثم لم يحدث لها إذناً حتى طلقها أو مات عنها رجعت فاعتدت فى بيتها الذى كانت تسكن معه فيه وهكذا السفر يأذن لها به ، فإن لم تخرج حتى يطلقها أو يتوفى عنها أقامت فى منزلها ولم تخرج منه حتى تنقضى عدتها .

وإن أذن لها بالسفر فخرجت أو خرج معها مسافراً إلى حج أو بلد من البلدان فمات عنها أو طلقها طلاقا لا يملك فيه الرجعة فسواء ولها الخيار فى أن تمضى فى سفرها ذاهبة أو جائية ، وليس عليها أن ترجع إلى بيته قبل أن ينقضى سفرها فلا تقيم فى المصر الذى أذن لها فى السفر اليه ، الا أن يكون أذن لها فى المقام فيه أو فى النقلة اليه . فيكون ذلك عليها إذا بلغت ذلك المصر اهـ

وجملة ذلك أن المعتدة لا تخرج من مسكنها لسفر ولا غيره بغير عذر الا بإذنه . فإن كانت فى عدة الوفاة فليس لها أن تخرج الى الحج ولا الى غيره من أنواع السفر .

روى ذلك عن عمر وعثمان وسعيد بن المسيب والقاسم ومالك وأحمد وأبو حنيفة وأصحاب الرأى والثورى .

وان خرجت فمات زوجها فى الطريق رجعت ان كانت لم تفارق البنيان ، فإن فارقت البنيان فلها الخيار بين الرجوع والتمام لأنها صارت فى موضع أذن لها فيه وهو السفر ، فأشبه ما لو كانت قد بعدت .

وقال أحمد وأصحابه: يجب عليها أن ترجع ان كانت قريبة لأنها فى حكم الإقامة وان تباعدت مضت . ووجه هذا القول ما روى سعيد بن منصور عن سعيد بن المسيب قال: توفى أزواج نساؤهن حاجات أو معتمرات فردهن عمر من ذى الحليفة

حتى يعتددن فى بيوتهن ، ولأنه أمكن الاعتداد فى منزلها قبل أن يبعد سفرها فلزمها ، وقال مالك ترد ما لم تحرم . وقال أبوحنيفة حد القريب بما لا تقصر فيه الصلاة ، وحد البعيد بما تقصر فيه وهو مسيرة ثلاثة أيام . وقال متى كان بينها وبين مسكنها دون ثلاثة أيام فعليها الرجوع اليه ، وان كان فوق ذلك لزمها المضى الى مقصدها والاعتداد فيه إذا كان بينها وبينه دون ثلاثة أيام ، وان كان بينها وبينه ثلاثة أيام وفى موضعها الذى هى فيه موضع يمكنها الاقامة فيه لزمها الاقامه ، وان لم يمكنها الاقامة مضت الى مقصدها

ولنا أنه يفرق بين السفر لحاجة والسفر لغير حاجة ووصلت الى غايتها أو لم تصل على ما بينه المصنف هنا .

فإذا كان عليها حجة الاسلام فمات زوجها لزمتها العدة فى منزلها ، وان فاتها الحج ، ولأن العدة فى المنزل تفوت ولا بدل لها ، والحج يمكن الاتيان به فى غير هذا العام . وان مات زوجها بعد احرامها بحج الفرض أو بحج أذن لها فيه زوجها نظرت — فإن كان وقت الحج متسعاً لا تخاف فوته ولا فوت الرفقة لزمها الاعتداد فى منزلها ، لأنه أمكن الجمع بين الحقين فلم يجز اسقاط أحدهما . وان خشيت فوات الحج لزمها المضى فيه . وبهذا قال أحمد . وقال أبو حنيفة يلزمها المقام وان فاتها الحج ، لأنها معتدة فلم يجز لها أن تنشىء سفراً كما لو أحرمت بعد وجوب العدة عليها .

دليلنا أنهما عبادتان استويا فى الوجوب وضيق الوقت فوجب تقديم الأسبق منهما ، كما لو كانت العدة أسبق!، ولأن الحج آكد لأنه أحد أركان الاسلام والمشقة بتفويته تعظم ، فوجب تقديمه كما لو مات زوجها بعد أن بعد سفرها اليه وأن أحرمت بالحج بعد موت زوجها وخشيت فواته يجوز لها أن تمضى اليه لما فى بقائها فى الاحرام من المشقة ، ويجوز أن تعتد فى منزلها لما فى العدة من السبق ولأنها فرطت وغلظت على نفسها ، فإذا قضت العدة وأمكنها السفر الى الحج لزمها ذلك ، فإن أدركته والا تحللت بعمل عمرة وحكمها حكم من فاته الحج فى قضائه وان لم يمكنها السفر فحكمها حكم المحصر كالتى يمنعها زوجها من السفر وحكم الاحرام بالعمرة كذلك اذا خيف فوات الرفقة أو لم يخف

قال المصنف رحمه الله تعالى :

﴿ فصل ﴾ ولا يجوز للمبتوتة ولا للمتوفى عنها زوجها الخروج من موضع العدة من غير عذر لقوله تعالى (لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة)

وروت زينب بنت كعب بن عجرة عن فريعة بنت مالك قالت « قلت لرسول الله صلى الله عليه وسلم : إنى فى دار وحشة أفأنتقل إلى دار أهلى فأعتد عندهم ؟ فقال اعتدى فى البيت الذى أتاك فيه وفاة زوجك حتى يبلغ الكتاب أجله ، أربعة أشهر وعشراً »

﴿ فصل ﴾ وإن بذت على أهل زوجها نقلت عنهم لقوله تعالى (ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة) قال ابن عباس رضى الله عنه : الفاحشة المبينة أن تبذو على أهل زوجها ، فإذا بذت على الأهل حل إخراجها . وأما إذا بذا عليها أهل زوجها نقلوا عنها ، ولم تنتقل ، لأن الاضرار منهم دونها ، وإن خافت فى الموضع ضرراً من هدم أو غيره انتقلت ، لأنها إذا انتقلت للبذاء على أهل زوجها فلأن تنتقل من خوف الهدم أولى ، ولأن القعود للعدة لدفع الضرر عن الزوج فى حفظ نسب ولده والضرر لا يزال بالضرر .

فإن كانت العدة فى موضع بالاعارة فرجع المعير أو بالاجارة فانقضت المدة وامتنع المؤجر من الاجارة أو طلب أكثر من أجرة المثل انتقلت الى موضع آخر ، لأنه حال عذر ، ولا تنتقل فى هذه المواضع إلا إلى أقرب موضع من الموضع الذى وجبت فيه العدة ، لأنه أقرب الى موضع الوجوب ، كما قلنا فيمن وجبت عليه الزكاة فى موضع لا يجد فيه أهل السهمان إنه ينقل الزكاة الى أقرب موضع منه . وإن وجب عليها حق لا يمكن الاستيفاء إلا بها كاليمين فى دعوى أو حد — فإن كانت ذات خدر — بعث اليها السلطان من يستوفى الحق منها ، وإن كانت برزة جاز إحضارها لأنه موضع حاجة فإذا قضت ما عليها رجعت الى مكانها ، وان احتاجت الى الخروج لحاجة كشراء القطن وبيع الغزل لم يجز أن تخرج لذلك بالليل ، لما روى مجاهد قال « استشهد رجال يوم أحُد فتأيم نساؤهم

فجئن رسول الله صلى الله عليه وسلم وقلن : يا رسول الله انا نستوحش بالليل ونبيت عند احدانا حتى اذا أصبحنا بادرنا الى بيوتنا ؛ فقال رسول الله (ص) تحدثن عند احداكن ما بدا لكن ، حتى اذا أردتن النوم فلتؤب كل امرأة الى بيتها ؛ ولأن الليل مظنة للفساد فلا يجوز لها الخروج من غير ضرورة . وان أرادت الخروج لذلك بالنهار نظرت — فإن كانت فى عدة الوفاة — جاز لحديث مجاهد . وان كانت فى عدة المبتوتة ففيه قولان

قال فى القديم لا يجوز لقوله تعالى (ولا يخرجن الا أن يأتين بفاحشة مبينة) وقال فى الجديد « يجوز » ، وهو الصحيح لما روى جابر رضى الله عنه قال « طلقت خالتى ثلاثاً ، فخرجت تجد نخلا لها فلقيها رجل فنهاها ، فأتت النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت ذلك له فقال لها : اخرجى فجدى نخلك لعلك أن تصدقى منه أو تفعلى خيرا » ولأنها معتدة بائن فجاز لها أن تخرج بالنهار لقضاء الحاجة كالمتوفى عنها زوجها .

(الشرح) فى قوله تعالى (لا تخرجوهن من بيوتهن) دليل على أنه ليس للزوج أن يخرجها من مسكن النكاح ما دامت فى العدة ، ولا يجوز لها الخروج الا لضرورة ظاهرة ، فإن خرجت أثمت ولا تنقطع العدة ، والمبتوتة فى هذا كالرجعية — وهذا لصيانة ماء الرجال — وهذا معنى اضافة البيوت اليهن ، كقوله تعالى (واذكرن مايتلى فى بيوتكن من آيات الله والحكمة) وقوله تعالى (وقرن فى بيوتكن فهو اضافة اسكان لا اضافة تمليك

أما حديث فريعة فقد مضى تخريجه آنفاً

وقوله « دار وحشة » دار مضاف وحشة مضاف اليه ، وأصله المكان القفر من الانيس . وخبر ابن عباس قال ابن كثير فى قوله تعالى (الا أن يأتين بفاحشة مبينة) والفاحشة المبينة تشمل الزنا ، كما قاله ابن مسعود وابن عباس وسعيد بن المسيب والشعبي والحسن وابن سيرين ومجاهد وعكرمة وسعيد بن جبير والضحاك وأبو قلابة وأبو صالح وزيد بن أسلم وعطاء الخراسانى والسدى وسعيد بن أبي هلال وغيرهم وغيرهم اه

وقال القرطبي : وعن ابن عباس والشافعي أنه البذاء على أحمائها فيحل لهم إخراجها ، وروى عن سعيد بن المسيب أنه قال في فاطمة : تلك امرأة استطالت على أحمائها بلسانها فأمرها عليه السلام أن تنتقل .

وفي كتاب أبي داود . قال سعيد : تلك امرأة فتنت الناس إنها كانت لسنه فوضعت على يدى ابن أم مكتوم الأعمى ، قال عكرمة في مصحف أبيّ « إلا أن يفحشن عليكم » ويقوى هذا أن محمد بن إبراهيم بن الحارث روى أن عائشة قالت لفاطمة بنت قيس : اتقى الله فإنك تعلمين لم أخرجت ؟

وعن ابن عباس الفاحشة كل معصية كالزنا والسرقة والبذاء على الأهل

وعن ابن عمر أيضاً والسدّى : الفاحشة خروجها من بيتها في العدة ، وقال قتادة الفاحشة النشوز ، وذلك أن يطلقها فتتحول عن بيته .

قال ابن العربي أما من قال إنه الخروج للزنا فلا وجه له ، لأن ذلك الخروج هو خروج القتل والإعدام ، وليس ذلك بمستثنى في حلال ولا حرام ، وأما من قال انه البذاء فهو مفسر في حديث فاطمة بنت قيس ، وأما من قال انه كل معصية فوهم لأن الغيبة ونحوها من المعاصى لا تبيح الإخراج ولا الخروج . وأما من قال : إنه الخروج بغير حق فهو صحيح وتقدير الكلام لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن شرعا إلا أن يخرجن تعدياً . اه

(قلت) قال الشافعي في الأم : أخبرنا عبد العزيز بن محمد عن محمد بن عمرو وعن محمد بن إبراهيم عن ابن عباس أنه كان يقول الفاحشة المبينة أن تبذو على أهل زوجها ، فإذا بذت فقد حل إخراجها ، ثم ساق هذا الإسناد إلى عائشة رضى الله عنها كانت تقول اتقى الله يا فاطمة فقد علمت في أى شيء كان ذلك .

قال الشافعي أخبرنا إبراهيم بن أبي يحيى عن عمرو بن ميمون بن مهران عن أبيه قال قدمت المدينة فسألت عن أعلم أهلها فدفعت إلى سعيد بن المسيب فسألته عن المبتوتة فقال تعتد في بيت زوجها ، فقلت فأين حديث فاطمة بنت قيس؟ فقال هاه وصف أنه تغيظ ؛ وقال فتنت فاطمة الناس كانت للسانها ذرابة فاستطالت على أحمائها فأمرها رسول الله (ص) أن تعتد في بيت أم مكتوم .

وقال الشوكانى فى نيل الأوطار وأما دعوى أن سبب خروجها كان لفحش فى لسانها ، كما قال مروان لما حدث بحديثها ان كان بكم شر فحسبكم ما بين هذين من الشر ، يعنى أن خروج فاطمة كان لشر فى لسانها فمع كون مروان ليس من أهل الانتقاد على أجـــلاء الصحابة والطعن فيهم فقد أعاذ الله فاطمة عن ذلك الفحش الذى رماها به فإنها من خيرة نساء الصحابة فضلا وعلماً ، ومن المهاجرات الأولات ولهذا ارتضاها رسول الله صلى الله عليه وسلم لحبه وابن حبه أسامة ، وممن لا يحملها رقة الدين على فحش اللسان الموجب لإخراجها من دارها ، ولو صح شىء من ذلك لكان أحق الناس بانكار ذلك عليها رسول الله (ص) ، وفى هذا الكلام من الشوكانى نظر سنأتى عليه .

أما خبر مجاهد المرسل فقد أخرجه الشافعى وعبد الرزاق هكذا مرسلا بلفظ المصنف ، وله شواهد متصله موقوفه على ابن مسعود عند عبد الرزاق فى نساء نعى اليهن أزواجهن وتشكين الوحشه فقال ابن مسعود يجتمعن بالنهار ثم ترجع كل امرأة منهن الى بيتها بالليل .

وأخرج ابن أبى شيبه عن عمر رضى الله عنه أنه رخص للمتوفى عنها زوجها أن تأتى أهلها بياض يومها ، وأن زيد بن ثابت رخص لها فى بياض يومها . وأخرج سعيد بن منصور عن على رضى الله عنه أنه جوز للمسافرة الانتقال . وروى الحجاج بن منهال أن امرأة سألت أم سلمه بأن أباها مريض وأنها فى عدة وفاة فأذنت لها وسط النهار .

أما حديث جابر فقد أخرجه أحمد ومسلم وأبو داود وابن ماجه والنسائى .

أما الأحكام فللمعتدة الخروج فى حوائجها نهاراً سواء كانت مطلقه أو متوفى عنها لحـــديث جابر « طلقت خالتى ثلاثاً فخرجت تجد نخلها فلقيها رجل فنهاها فذكرت ذلك للنبى صلى الله عليه وسلم فقال : اخرجى فجدّى نخلك لعلك أن تتصدقى منه أو تفعلى خيراً » .

وحديث مجاهد المرسل وفيه « تحدثن عند احدا كن حتى اذا أردتن النوم فلتؤب كل واحدة الى بيتها » وليس لها المبيت فى غير بيتها ، ولا الخروج ليلا

إلا لضرورة ، لأن الليل مظنة الفساد بخلاف النهار فإنه مظنة قضاء الحوائج والمعاش وشراء ما يحتاج اليه ، وان وجب عليها حق لا يمكن استيفاؤه إلا بها كاليمين وكانت ذات خدر بعث اليها الحاكم من يستوفى الحق منها فى منزلها ، وان كانت برزة جاز إحضارها لاستيفائه ، فإذا فرغت رجعت إلى منزلها .

وقال الشافعى رضى الله عنه : وسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم فى حديث فاطمة بنت قيس إذا بذت على أهل زوجها فأمرها أن تعتد فى بيت أم مكتوم ، تدل على معنيين (أحدهما) أن ما تأول ابن عباس فى قول الله عزوجل « إلا أن يأتين بفاحشة مبينة » هو البذاء على أهل زوجها كما أول إن شاء الله تعالى وقال وبين إنما أذن لها أن تخرج من بيت زوجها فلم يقل لها النبى صلى الله عليه وسلم : اعتدى حيث شئت ، ولكنه حصنها حيث رضى إذ كان زوجها غائباً ولم يكن له وكيل بتحصينها ، فإذا بذت المرأة على أهل زوجها فجاء من بذائها ما يخاف تساعر بذائه إلى تساعر الشر ، فلزوجها إن كان حاضراً اخراج أهله عنها ، فإن لم يخرجهم أخرجها الى منزل غير منزله فحصنها فيه ، وكان عليه كراؤه اذا كان له منعها أن تعتد حيث شاءت كان عليه كراء المنزل .

وان كان غائباً كان لوكيله من ذلك ماله ، وان لم يكن له وكيل كان السلطان ولى الغائب يفرض له منزلا فيحصنها فيه ، فان تطوع السلطان به أو أهل المنزل فذلك ساقط عن الزوج ، ولم نعلم فيما مضى أحداً بالمدينة أكرى أحداً منزلا انما كانوا يتطوعون بانزال منازلهم وبأموالهم مع منازلهم ، وان لم يتطوع به السلطان ولا غيره فعلى زوجها كراء المنزل الذى تصير اليه ، ولا يتكارى لها السلطان الا بأخذ ذلك على الزوج .

وان كان بذاؤها حتى يخاف أن يتساعر ذلك بينها وبين أهل زوجها عذراً فى الخروج من بيت زوجها كان كذلك كل ما كان فى معناه وأكثر من أن يجب حد عليها فتخرج ليقام عليها أو حق فتخرج لحاكم فيه أو يخرجها أهل منزل فيه بكراء أو عارية ليس لزوجها أو ينهدم منزلها الذى كانت فيه أو تخاف فى منزل هى فيه على نفسها أو مالها أو ما أشبه هذا من العذر ، فللزوج فى هذه الحالات

أن يحصنها حيث صيرها أو اسكانها وكراء منزلها قال : وان أمرها أن تكارى منزلا بعينه فتكارته فكراؤه عليه متى قامت به عليه ، وان لم يأمرها فتكارت منزلا فلم ينهها ولم يقل لها : أقيمى فيه ، فان طلبت الكراء وهى فى العدة استقبل كراء منزلها من يوم تطلبه حتى تنقضى العدة . وان لم تطلبه حتى تنقضى العدة فحق لها تركته وعصت بتركها أن يسكنها فلا يكون لها وهى عاصية سكنى وقد مضت العدة ، وان أنزلها منزلا له بعد الطلاق أو طلقها فى منزل له أو طلقها وهى زائرة فكان عليها أن تعود الى منزل له قبل أن يفلس ثم فلس فهى أحق بالمنزل منه ومن غرمائه اه .

على أن محاولة اضعاف الخبر بكلام عمر ليست بذاك ، لأن كلام عمر رضى الله عنه دليل على صحته وصدوره عن فاطمة ، وأما البذاء المنسوب لفاطمة ، فانه لم يكن موجها لزوجها بل كان لأحمائها ، وهذا أمر غير مستبعد من أى امرأة مطلقة تحس بشخصيتها لا سيما اذا كان البذاء يحتمل أن يكون مجرد المخاشنة فى القول والاستعلاء فى اللهجة التى تنم عن ضيق ببقائها بين نساء مثلها .

ولو كان البذاء من طبيعتها بمعنى الفحش والقبح لما دفع بها الى ابن أم مكتوم لتبقى فى بيته مدة العدة ، ويفسر البذاء منها رواية « وكان فى لسانها ذرابة » أى حدة ، وليست فاطمة بنت قيس معصومه ولا يخل هذا بلياقتها لحب رسول الله صلى الله عليه وسلم وابن حبه ، وفى بعض الناس صدق فى اللهجه ، وحدة فى الصوت يمكن أن يوصف بالبذو والذرابه .

اذا تقرر هذا : فان الايه تقتضى الإخراج عن السكنى اذا طال لسانها على أحمائها ، ولا يتوقف هذا الإخراج على ارتكاب الزنا اذا فسرت الفاحشه به على قول ابن مسعود والحسن ، فان الإخراج فى ذلك لايكون الا لإقامه الحد ، وأما الإخراج عن السكنى فى الايه - فلا يتحقق بما فسرا به الايه - فان الفاحشه - اسم للزنا وغيره من الأقوال ، يقال : أفحش فلان فى مقاله ، ولهذا روى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قالت له عائشه « يا رسول الله قلت لفلان : بئس أخو العشيرة فلما دخل ألنت له القول ؟ فقال ياعائشه ان الله لايحب الفحش ولا التفحش

إذا ثبت هذا فإن الورثة يخرجونها عن ذلك المسكن إلى مسكن آخر من الدار إن كانت كبيرة تجمعهم ، فإن كانت لا تجمعهم أو لم يمكن نقلها إلى غيره فى الدار ولم يتخلصوا من أذاها بذلك فلهم نقلها .

وقال بعض الأصحاب ينتقلون هم عنها لأن سكناها واجب فى المكان وليس بواجب عليهم ، والنص يدل على أنها تخرج فلا يعرج على ما خالفه ، ولأن الفاحشة منها فكان الإخراج لها .

وإن كان أحماؤها هم الذين يؤذونها ويفحشون عليها نقلوا هم دونها فإنها لم تأت بفاحشة فلا تخرج بمقتضى النص ، ولأن الذنب لهم فيخصون بالاخراج ، وإن كان المسكن لغير الميت فتبرع صاحبه بإسكانها فيه لزمها الاعتداد به ، وإن أبى أن يسكنها إلا بأجرة وجب بذلها من مال الميت ، الا ان تبرع انسان ببذلها فيلزمها الاعتداد به .

فان حولها صاحب المكان أو طلب أكثر من أجرة المثل فعلى الورثة اسكانها ان كان للميت تركة يستأجر لها به مسكن ، لأنه حق لها يقدم على الميراث ، فان اختارت النقلة عن هذا المسكن الذى ينقلونها اليه فلها ذلك لأن سكناها به حق لها وليس بواجب عليها ، فان المسكن الذى كان يجب عليها السكنى به هو الذى كانت تسكنه حين موت زوجها ، وقد سقطت عندها السكنى به ، وسواء كان المسكن الذى كانت به لأبويها أو لأحدهما أو لغيرهم

وان كانت تسكن فى دارها فاختارت الاقامة فيها والسكنى بها متبرعة أو بأجرة تأخذها من التركة جاز ويلزم الورثة بذل الأجرة اذا طلبتها ، وان طلبت أن تسكن غيرها وتنتقل عنها فلها ذلك ، لأنه ليس عليها أن تؤجر دارها ولا تعيرها وعليهم اسكانها . والله تعالى أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

باب الاحداد

الإحداد ترك الزينة وما يدعو الى المباشرة ، ويجب ذلك فى عدة الوفاة ، لما روت أم سلمة رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « المتوفى عنها زوجها لا تلبس المعصفر من الثياب ولا الممشق ولا الحلى ، ولا تختضب ولا تكتحل ، ولا يجب ذلك على المعتدة الرجعية ، لأنها باقية على الزوجية ، ولا يجب على أم الولد اذا توفى عنها مولاها ، ولا على الموطوءة بشبهة ، لما روت أم حبيبة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث ، الا على زوج أربعة أشهر وعشراً »

واختلف قوله فى المعتدة المبتوتة فقال فى القديم يجب عليها الاحداد ، لأنها معتدة بائن فلزمها الاحداد كالمتوفى عنها زوجها

وقال فى الجديد : لا يجب عليها الاحداد لأنها معتدة من طلاق فلم يلزمها الاحداد كالرجعية .

﴿ فصل ﴾ ومن لزمها الاحداد حرم عليها أن تكتحل بالاثمد والصبر . وقال أبو الحسن الماسرجسى: ان كانت سوداء لم يحرم عليها، والمذهب أنه يحرم لما ذكرناه من حديث أم سلمة ولأنه يحسن الوجه . ويجوز أن تكتحل بالابيض كالتوتيا لأنه لا يحسن بل يزيد العين مرها ، فان احتاجت الى الاكتحال بالصبر والاثمد اكتحلت بالليل وغسلته بالنهار ، لما روت أم سلمة قالت « دخل على رسول الله صلى الله عليه وسلم حين توفى أبو سلمة وقد جعلت على عينى صبراً فقال ماهذا يا أم سلمة ؟ قلت انما هو صبر ليس فيه طيب ، فقال انه يشب الوجه لا تجعليه الا بالليل وتنزعيه بالنهار »

﴿ فصل ﴾ ويحرم عليها أن تختضب لحديث أم سلمة ، ولأنه يدعو الى المباشرة ويحرم عليها أن تحمر وجهها بالدمام وهو الكلكون ، وأن تبيضه بأسفيذاج العرائس ، لأن ذلك أبلغ فى الزينة من الخضاب ، فهو بالتحريم أولى ، ويحرم عليها ترجيل الشعر لأنه يحسنها ويدعو الى مباشرتها

(الشرح) حديث أم سلمة رضى الله عنها الأول أخرجه أحمد وأبو داود والنسائى . قال البيهقى روى موقوفاً ؛ والمرفوع من رواية ابراهيم بن طهمان وهو ثقة من رجال الصحيحين ؛ وقد ضعفه ابن حزم . قال الشوكانى ولا يلتفت إلى ذلك فإن الدارقطنى قد جزم بأن تضعيف من ضعفه إنما هو من قبل الإرجاء وقد قيل إنه رجع عن ذلك

أما حديث أم حبيبة فقد أخرجه الشيخان عن حميد بن نافع عن زينب بنت أم سلمة أنها أخبرته بهذه الاحاديث الثلاثة قالت : دخلت على أم حبيبة حين توفى أبوها أبو سفيان فدعت أم حبيبة بطيب فيه صفرة خلوق أو غيره ، فدهنت منه جارية ثم مست بعارضيها ثم قالت والله ما لى بالطيب من حاجة غير أنى سمعت ، رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول على المنبر « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر تحد على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر وعشراً . قالت زينب ثم دخلت على زينب بنت جحش حين توفى أخوها فدعت بطيب فمست منه ثم قالت والله مالى بالطيب من حاجة ، غير أنى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول على المنبر لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر تحد على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر وعشراً ، قالت زينب وسمعت أمى أم سلمة تقول جاءت امرأة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت ، يا رسول الله ان ابنتى توفى عنها زوجها وقد اشتكت عينها أفنكحلها ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا . مرتين أو ثلاثاً ، كل ذلك يقول لا . ثم قال إنما هى أربعة أشهر وعشر وقد كانت إحداكن فى الجاهلية ترمى بالبعرة على رأس الحول . قال حميد فقلت لزينب وما ترمى بالبعرة على رأس الحول ؟ فقالت زينب كانت المرأة اذا توفى عنها زوجها دخلت حفشاً ولبست شر ثيابها ولم تمس طيباً ولا شيئاً حتى تمر بها سنة ثم تؤتى بدابة حمار أو شاة أو طير فتفتض به ، فقلما تفتض بشىء الا مات ، ثم تخرج فتعطى بعرة فترمى بها ثم تراجع ما شاءت من طيب أو غيره »

أما حديث أم سلمة الثانى فقد أخرجه أبو داود والنسائى بلفظ « دخل علىّ رسول الله صلى الله عليه وسلم حين توفى أبو سلمة وقد جعلت على صبراً فقال ما هذا يا أم سلمة ؟ فقلت انما هو صبر يا رسول الله ليس فيه طيب . قال انه

يشب الوجه فلا تجعليه الا بالليل وتنزعيه بالنهار ولا تمتشطي بالطيب ولا بالحناء فانه خضاب . قالت قلت بأي شيء أمتشط يا رسول الله ؟ قال بالسدر تغلفين به رأسك » وقد أخرجه الشافعي أيضا وفي اسناده المغيرة بن الضحاك عن أم حكيم بنت أسيد عن أمها عن مولى لها عن أم سلمة ، وقد أعله عبد الحق والمنذرى بجهالة حال المغيرة ومن فوقه

قال الحافظ بن حجر وأعل بما في الصحيحين زينب بنت أم سلمة الذى سقناه في تخريج حديث أم حبيبة قبل هذا ، ولكن الحافظ بن حجر حسن اسناده في بلوغ المرام .

أما اللغات فان أصل الحد المنع ومنه قيل للسجان حداد ، والحد والحدود هي محارم الله وعقوباته التي قرنها بالذنوب ، وأصل الحد المنع والفصل بين الشيئين ، فكأن حدود الشرع فصلت بين الحلال والحرام ، فمنها ما لا يقترب منه كالفواحش المحرمة « تلك حدود الله فلا تقربوها » ومنها ما لا يتعدى كالمواريث المعينة وتزويج الاربع « تلك حدود الله فلا تعتدوها » ومنه الحديث « اني أصبت حداً فأقمه على » أي أصبت ذنباً أوجب على حداً أي عقوبة ، ومنه حديث أبي العالية « ان اللحم ما بين الحدين ، حد الدنيا وحد الآخرة »

قال في النهاية وفيه « لا يحل لامرأة أن تُحد على ميت أكثر من ثلاث » أحدَّت المرأة على زوجها تحد فهي مُحد . وحدت تحد وتحد فهي حاد اذا حزنت عليه ولبست ثياب الحزن وتركت الزينة

وقال ابن بطال : وأحدت المرأة وحدت اذا امتنعت من الزينة والخضاب يقال حدت تحد حداداً فهي حاد .

قوله « ولا الممشق » هو المصبوغ بالمشق وهو المغرة الطين الاحمر ، والتوتيا دواء يجعل في العين

قوله « يزيد العين مرها » يقال مرهت العين مرهاً اذا فسدت لترك الكحل وهي عين مرهاء ، وامرأة مرهاء والرجل أمره . قال رؤبة بن العجاج

لله در الغانيات المُدَّهِ سبحن واسترجعن من تألهي

قوله « يشب الوجه » أي يحسنه ويظهر لونه ، من شب النار إذا ألهبها وأقدها ويقال شعرها يشب لونها ، أي يظهره ويحسنه ، ويقال إنه لمشبوب . قال ذو الرمة

إذا الاروع المشبوب أضحى كأنه على الرحل مما مسه السير أحمق

قوله « بالدمام وهو الكلكون » وروى بضم الكاف وسكون اللام . قال الجوهري الدمام بالكسر دواء يطلى به جبهة الصبي وظاهر عينيه ، وكل شيء طلى به فهو دمام ، وقد دممت الشيء أدمه بالضم ، أي طليته بأي صبغ كان ، والمدموم الاحمر . قال الشاعر

تجلو بقادمتي حمامة أيكة بردأ تعل لثـاته بدمام

والكلكون فارسي ، والاسفيذاج صبغ أبيض ، وهو المسمى بلغة العامـة اسبيداج ومثله المساحيق البيضاء والحمراء التي يستعملها النساء في عصرنا هذا

أما الاحكام فقد قال الشافعي رضي الله عنه « فأما اللبس نفسه فلا بد منه . قال فزينة البدن عليه المدخل عليه من غيره الدهن كله في الرأس فلا خير في شيء منه طيب ولا غيره زيت ولا شيرق ولا غيرهما ، وذلك أن كل الادهان تقوم مقاماً واحداً في ترجيل الشعر وإذهاب الشعث ، وذلك هو الزينـة ، وإن كان بعضها أطيب من بعض . وهكذا رأيت المحرم يفتدى بأن يدهن رأسه ولحيته بزيت أو دهن طيب لما وصفت من الترجيل وإذهاب الشعث

قال فأما بدنها فلا بأس أن تدهنه بالزيت وكل ما لا طيب فيه من الدهن كما لا يكون بذلك بأس للمحرم ، وان كانت الحاد تخالف المحرم في بعض أمرها ، لأنه ليس بموضع زينة للبدن ولا طيب تظهر ريحه فيدعو إلى شهوتها . فأما الدهن الطيب والبخور ، فلا خير فيه لبدنها لما وصفت من أنه طيب يدعو الى شهوتها وينبه بمكانها وأنها الحاد من الطيب شيء أذنت فيه الحاد ، والحاد إذا مست الطيب لم يجب عليها فدية ولم ينتقض احدادها وقد أساءت ، وكل كحل كان زينة فلا خير فيه لها ، مثل الإثمد وغيره مما يحسن موقعه في عينها

فأما الكحل الفارسي وما أشبهه اذا احتاجت اليه فلا بأس لأنه ليس فيه زينة بل هو يزيد العين مرهاً وقبحاً ، وما اضطرت اليه مما فيه زينة من الكحل

اكتحلت به بالليل ومسحته بالنهار ، وكذلك الدمام وما أرادت به الدواء . اه

أما أحمد بن حنبل رضى الله عنه فقد اختلفت الرواية عنه فى وجوب الإحداد على المطلقة البائن ، فعنه يجب عليها ، وهو قول سعيد بن المسيب وأبى عبيد وأبى ثور وأصحاب الرأى ، والثانية وهو مذهبنا أنه لا يجب على المطلقة ، وهو قول عطاء وربيعة ومالك وابن المنذر لقوله صلى الله عليه وسلم « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث ليال الا على زوج أربعة أشهر وعشراً — وهذه عدة الوفاة — فيدل على أن الإحداد انما يجب فى عدة الوفاة ، ولأنها معتدة عن غير وفاة فلم يجب عليها الإحداد كالرجعية والموطوءة بشبهة ، ولأن الاحداد فى عدة الوفاة لإظهار الاسف على فراق زوجها وموته فأما الطلاق فإنه فارقها باختيار نفسه وقطع نكاحها فلا معنى لتكليفها الحزن عليه ولأن المتوفى عنها لو أتت بولد لحق الزوج ، وليس له من ينفيه ، فاحتيط عليها بالاحداد لئلا يلحق بالميت من ليس منه ، بخلاف المطلقة فان زوجها باق ، فهو يحتاط عليها بنفسه وينفى ولدها اذا كان من غيره

أما احداد المتوفى عنها زوجها فلا نعلم بين أهل العلم خلافاً فى وجوبه عليها الا عن الحسن فانه قال لا يجب عليها الاحداد ، وهو قول شذ به عن أهل العلم ، وخالف به السنة فلا يعرج عليه ، ويستوى فيه الحرة والامة ، والذمية والمسلمة والكبيرة والصغيرة ، وبه قال أحمد . وقال أصحاب الرأى لا احداد على ذمية ولا صغيرة لأنهما غير مكلفتين

والأدلة فى الاحداد عامة يتساوى فيها المكلفة وغير المكلفة ، ولأن حقوق الذمية فى النكاح كحقوق المسلمة .

اذا ثبت هذا فانه يحرم عليها الطيب لما فيه من تحريك الشهوة والدعوة الى المباشرة ، ولا يجوز لها استعمال الأدهان المطيبة ، كدهن الورد والياسمين والبنفسج والبان وما أشبهه لأنه استعمال للطيب .

فأما الادهان بغير المطيب كالزيت والشيرج والسمن فلا بأس به لأنه ليس بطيب ، كما لا يجوز استعمال الزينة ، واجتنابها واجب فى قول عامة أهل العلم ، منهم ابن عمر وابن عباس وعطاء وجماعة أهل العلم يكرهون ذلك وينهون عنه

من ذلك الزينة فى نفسها ، فيحرم عليها أن تختضب وأن تحمر وجهها بالمساحيق والأصباغ ، وأن تبيضه بالسبيداج وبودرة التلك وأن تجعل عليه صبراً يصفره وأن ينقش فى وجهها ويديها ، وأن تحفف وجهها وما أشبهه مما يحسنها ، وأن تكتحل بالإثمد من غير ضرورة .

وحكى المصنف عن الماسرجسى أن للسوداء أن تكتحل . وهذا مخالف للأحاديث التى سقناها ، فإن اضطرت الحادة أن تكتحل للتداوى فلها أن تكتحل ليلا وتمسحه نهاراً ، ورخص فيه عند الضرورة عطاء والنخعى ومالك وأصحاب الرأى لما أخرجه أبو داود والنسائى عن أم حكيم بنت أسد عن أمها أن زوجها توفى وكانت تشتكى عينيها فتكتحل بالجلاء فأرسلت مولاة لها إلى أم سلمة تسألها عن كحل الجلاء ، فقالت لا تكتحلى بالتوتيا والعنزروت ونحوهما فلا بأس به لأنه لا زينة فيه بل يقبح العين ويزيدها مرهاً ؛ ولا تمنع من جعله على غير وجهها من بدنها ، لأنه إنما منع منه فى الوجه لأنه يصفره فيشبه الخضاب . ولهذا قال صلى الله عليه وسلم « إنه يشب الوجه » ، ولا تمنع من التنظيف بتقليم الأظفار ونتف الإبط وحلق الشعر المندوب الى حلقه ولا من الاغتسال بالسدر والامتشاط به لحديث أم سلمة ، ولأنه يراد للتنظيف لا للطيب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

﴿ فصل ﴾ ويحرم عليها أن تطيب لما روت أم عطية أن النبى صلى الله عليه وسلم قال: لا تحد المرأة فوق ثلاثة أيام إلا على زوج فإنها تحد أربعة أشهر وعشراً لا تكتحل ولا تلبس ثوباً مصبوغا إلا ثوب عصب ولا تمس طيبا إلا عند طهرها من محيضها نبذة من قسط أو أظفار ، ولأن الطيب يحرك الشهوة ويدعو إلى المباشرة ، ولا تأكل شيئاً فيه طيب ظاهر ولا تستعمل الادهان المطيبة كالبان ودهن الورد ودهن البنفسج لأنه طيب ولا تستعمل الزيت والشيرج فى الرأس لأنه يرجل الشعر ، ويجوز لها أن تغسل رأسها بالسدر لما روت أم سلمة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لها امتشطي ، فقلت بأى شيء أمتشط يارسول الله ؟

قال بالسدر تغلفين به رأسك ، ولان ذلك تنظيف لا تزيين فلم يمنع منه ، ويجوز أن تقلم الاظفار وتحلق العانة لأنه يراد للتنظيف لا للزينة .

﴿ فصل ﴾ ويحرم عليها لبس الحلى لحديث أم سلمة ، ولأنه يزيد فى حسنها ولهذا قال الشاعر :

وما الحلى إلا زينة لنقيصة يتمم من حسن إذا الحسن قصرا
فأما اذا كان الجمــال موفراً كحسنك لم يحتج الى أن يزورا

﴿ فصل ﴾ ويحرم عليها لبس ما صبغ من الثياب للزينة كالأحمر والأصفر والأزرق الصافى والأخضر الصافى لحديث أم عطية ، ولا تلبس ثوباً مصبوغا الا ثوب عصب ، وأما ما صبغ غزله ثم نسج فقد قال أبو اسحاق : انه لا يحرم لحديث أم عطية ، ولا تلبس ثوبا مصبوغا الا ثوب عصب ، والعصب ما صبغ غزله ثم نسج ، والمذهب أنه يحرم لأن الشافعى رحمه الله نص على تحريم الوشى والديباج ، وهذا كله صبغ غزله ثم نسج ، ولأن ما صبغ غزله ثم نسج أرفع وأحسن مما صبغ بعد النسج .

وأما ما صبغ لغير الزينة كالثوب المصبوغ بالسواد للمصيبة وما صبغ للوسخ كالأزرق المشبع والأخضر المشبع فإنه لا يحرم ، لأنه لا زينة فيه ، ولا يحرم ما عمل من غزله من غــير صبغ ، كالمعمول من القطن والكتان والابريسم والصوف والوبر ، لانها وان كانت حسنة الا أن حسنها من أصل الخلقة لا لزينة أدخلت عليها ، وان عمل على البيـاض طرز ، فان كانت كباراً حرم عليها لبسه لانه زينة ظاهرة أدخلت عليه ، وان كانت صغاراً ففيه وجهان (أحدهما) يحرم كما يحرم قليل الحلى وكثيره (والثانى) لا يحرم لقلتها وخفائها .

(الشرح) حديث أم عطية الأسدية رضى الله عنها أخرجه الشيخان قالت « كنا ننهى أن نحد على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر وعشراً ، ولا نكتحل ولا نتطيب ولا نلبس ثوباً مصبوغا إلا ثوب عصب ، وقد رخص لنا عند الطهر إذا اغتسلت إحدانا من محيضها فى نبذة من كست أظفـار ، وفى

رواية عند أحمد والشيخين أيضاً « قال النبي صلى الله عليه وسلم : لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الاخر تحد فوق ثلاث إلا على زوج فإنها لاتكتحل ولا تلبس ثوباً مصبوغا إلا ثوب عصب ، ولا تمس طيباً إلا إذا طهرت نبذة من قسط أو أظفار » وقال فيه أحمد ومسلم « لا تحد على ميت فوق ثلاث إلا المرأة فإنها تحد أربعة أشهر وعشراً » .

أما اللغات فقوله « الا ثوب عصب » هو بالإضافة برود اليمن يعصب غزلها أي يربط ثم يصبغ ثم ينسج معصوبا فيخرج موشى لبقاء ما عصب منه أبيض لم ينصبغ وانمـــا ينصبغ السدى دون اللحمة ؛ وقال السهيلي : ان العصب نبات لا ينبت الا باليمن ، وهو غريب وأغرب منه قول الداودى ان المراد بالثوب العصب المعصفرة لا المصبغة الا ماصبغ بسواد فرخص فيه مالك والشافعي لكونه لا يتخذ للزينة ، بل هو لباس الحزن .

وقال ابن الصباغ فى الشامل : العصب هو الغزل والعصاب هو الغزال الذي يبيع الغزل . قوله « نبذة من قسط أو أظفـار » النبذة فعلة ، من نبذ أى طرح ورمى وكل شي رميت به وطرحتـه نبذته ، والقسط طيب معروف يؤتى به من أرض الحبشة ، ويقال كسط بالكاف أيضا مثل قوله كشطت وقشطت ، ويقال كست بالتاء أيضا ، والأظفار تؤخـــذ من البحر تشبه بظفر الإنسان ، قوله « تغلفين به رأسك » أى تطلين وتمشطين ، يقال تغلف بالغاليه وغلف بها لحيته غلفا ، قوله « الحلى » بفتح الحاء واسكان اللام اسم لكل ما يتزين به من الذهب والفضه والجواهر وجمعه حلى بضم الحاء وكسرها » وقوله « لنقيصه » فعيلة من النقص وهو ضد التمام ، والنقيصه أيضا العيب ، وقصر أى لم يتم ، يقال قصر فى الأمر اذا توانى والتقصير التوانى وترك المبالغه قوله « موفراً » من الوفر وهو الزيادة والكثرة أى يأتى تاما غير ناقص ، قوله « لم يحتج الى أن يزورا » زورت الشيء اذا حسنته وقوله « الوشى والديباج » نوع من ثياب الحرير غليظ معروف قوله « الابريسم » وفيه ثلاث لغات .

قال ابن السكيت : هو الابريسم بكسر الهمزة والراء وفتح السين والثانيه

بكسر الهمزة وفتح الراء والسين جميعاً والثالثة بكسر الجميع ، وكذا الاهليلج مثله والصوف شعر الضأن والوبر شعر الابل أفاده ابن بطال .

أما الأحكام : فإن العصب الصحيح أنه نبت تصبغ به الثياب ، قال صاحب الروض الأنف : الورس والعصب نبتان باليمن لا ينبتان إلا به ، فأرخص النبي صلى الله عليه وسلم للحادة فى لبس ما صبغ بالعصب ، لأنه فى معنى ما صبغ لغير التحسين ، وأما ما صبغ غزله للتحسين كالأحمر والأصفر فلا معنى لتجويز لبسه مع حصول الزينة بصبغه كحصولها بما صبغ بعد نسجه ، ولا تمنع من حسان الثياب غير المصبوغة ، وان كان رقيقاً ، سواء كان من قطن أو كتان أو إبريسم ، لأن حسنه من أصل خلقته فلا يلزم تغييره كما أن المرأة إذا كانت حسنة الخلقة لا يلزمها أن تغير لونها وتشوه نفسها .

(فرع) ويحرم عليها لبس الحلى كله حتى الخاتم لحديث أم سلمة وفيه « ولا الحلى » ، وقال عطاء . يباح حلى الفضة دون الذهب وليس بصحيح ، لأن النهى عام ، وهذا يشمل أنواع الحلى التى تصنع فى عصرنا هذا من الزجاج والكورو والكريستال وغير ذلك من المعادن الخسيسة ، ولان الحلى يزيد حسنها ويدعو إلى مباشرتها .

(فرع) مما يحرم على المعتدة لبسه الملابس المطرزة بخيوط القطن اذا كان ملوناً ، وكذلك الملابس المحزقة للزينة ، والشفافه التى تصنف مانحتها من حمالات وقمص مما تلبسه الحادات من سواد والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

باب اجتماع العدتين

اذا طلق الرجل امرأته بعد الدخول وتزوجت فى عدتها بآخر ووطئها جاهلا بتحريمها وجب عليها اتمام عدة الأول واستئناف عدة الثانى ، ولا تدخل عدة أحدهما فى عدة الاخر ، لما روى سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار « أن طليحة كانت تحت رشيد الثقفى فطلقها فنكحت فى عدتها فضربها عمر رضى الله عنه ، وضرب زوجها بمخفقة ضربات ، ثم قال أيما امرأة نكحت فى عدتها فإن كان زوجها الذى تزوجها لم يدخل بها فرق بينهما ، ثم اعتدت بقيه عدتها من زوجها الأول ، وكان خاطباً من الخطاب ، وان كان دخل بها فرق بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من زوجها الاول ، ثم اعتدت من الاخر ولم ينكحها أبداً ولانهما حقان مقصودان لآدميين فلم يتداخلا كالدينين فان كانت حائلا انقطعت عدة الاول بوطء الثانى الى أن يفرق بينهما ، لانها صارت فراشاً للثانى فاذا فرق بينهما أتمت ما بقى من عدة الاول ثم استأنفت العدة من الثانى ، لانهما عدتان من جنس واحد فتقدمت السابقه منهما .

وان كانت حاملا نظرت فان كان الحمل من الاول انقطعت عدتها منه بوضعه ثم استأنفت العدة من الثانى بالاقراء بعد الطهر من النفاس ، وان كان الحمل من الثانى انقضت عدتها منه بوضعه ثم أتمت عدة الاول ، وتقدم عدة الثانى ههنا على عدة الأول لأنه لا يجوز أن يكون الحمل من الثانى وتعتد به من الأول ، وان أمكن أن يكون من كل واحـــد منهما عرض على القافة ، فان ألحقته بالأول انقضت به عدته ، وان ألحقته بالثانى انقضت به عدته ، وان ألحقته بهما أو نفته عنهما أو لم تعلم أو لم تكن قافة لزمها أن تعتد بعد الوضع بثلاثة أقراء ، لأنه ان كان من الأول لزمها للثانى ثلاثة أقراء ، وان كان من الثانى لزمها اكمال العدة من الأول فوجب أن تعتد بثلاثة أقراء ليسقط الفرض بيقين ، وان لم يمكن أن يكون من واحد منهما ففيه وجهان .

(أحدهما) لا تعتد به عن أحدهما ، لأنه غير لاحق بواحد منهما ، فعلى هذا إذا وضعت أكملت عدة الأول ثم تعتد من الثانى بثلاثة أقراء.

(والثانى) تعتد به عن أحدهما لا بعينه ، لأنه يمكن أن يكون من أحدهما ، ولهذا لو أقر به لحقه فانقضت به العـــدة كالمنفى باللعان فعلى هذا يلزمها أن تعتد بثلاثة أقراء بعد الطهر من النفاس

(فصل) إذا تزوج رجل امرأة فى عدة غيره ووطئها ففيه قولان . قال فى القديم تحرم عليه على التأبيد لما رويناه عن عمر رضى الله عنه أنه قال : ثم لا ينكحها أبداً . وقال فى الجديد لا تحرم عليه على التأبيد ، وإذا انقضت عدتها من الأول جاز له أن يتزوجها لأنه وطء شبهة فلا يوجب تحريم الموطوءة على الواطىء على التأبيد كالوطء فى النكاح بلا ولى ، وما روى عن عمر رضى الله عنه فقد روى عن على كرم الله وجهه أنه قال : إذا انقضت عدتها فهو خاطب من الخطاب : فخطب عمر رضى الله عنه وقال : ردوا الجهالات إلى السنة . فرجع الى قول على كرم الله وجهه .

(فصل) إذا طلق زوجته طلاقاً رجعيا ثم وطئها فى العدة وجبت عليها عدة بالوطء لأنه وطء فى نكاح قد تشعث فهو كوطء الشبهة ، فإن كانت من ذوات الأقراء أو من ذوات الشهور لزمها أن تستأنف العدة وتدخل فيها البقية من عدة الطلاق لأنهما من واحد وله أن يراجعها فى البقية لأنها من عدة الطلاق فاذا مضت البقية لم يجز أن يراجعها لأنها فى عدة وطء شبهة ، وان حملت من الوطء صارت فى عدة الوطء حتى تضع ، وهل تدخل فيها بقية عدة الطلاق ؟ فيه وجهان

(أحدهما) تدخل لأنهما لواحد فدخلت إحداهما فى الأخرى ، كما لو كانتا بالأقراء (والثانى) لا تدخل لأنهما جنسان فلم تدخل إحداهما فى الأخرى ، فإن قلنا يتداخلان كانت فى العدتين الى أن تضع لأن الحمل لا يتبعض ، وله أن يراجعها الى أن تضع ، لأنها فى عدة الطلاق . وان قلنا لا يتداخلان فإن لم ترد ما على الحمل أو رأت وقلنا انه ليس بحيض فهى معتدة بالحمل عن وطء الشبهة الى أن تضع ، فإذا وضعت أتمت عدة الطلاق وله أن يراجعها فى هذه البقية لأنها فى عدة الطلاق . وهل له أن يراجعها قبل الوضع ؟ فيه وجهان

(أحدهما) ليس له أن يراجعها لأنها فى عدة وطء الشبهة (والثانى) له أن يراجعها لأنها لم تكمل عدة الطلاق ، فاذا رأت الدم على الحمل وقلنا انه حيض كانت عدتها من الوطء بالحمل وعدتها من الطلاق بالاقراء التى على الحمل ، لأن عليها عدتين ، إحداهما بالأقراء والاخرى بالحمل لجاز أن يجتمعا ، فاذا مضت ثلاثة أقراء قبل وضع الحمل فقد انقضت عدة الطلاق ، وان وضعت قبل انقضاء الاقراء فقد انقضت عدة الوطء وعليها إتمام عدة الطلاق، فاذا راجعها فى بقية عدة الطلاق صحت الرجعة ، وان راجعها قبل الوضع ففى صحة الرجعة وجهان على ما ذكرناه .

فأما إذا كانت قد حبلت من الوطء قبل الطلاق كانت عدة الطلاق بالحمل وعدة الوطء بالأقراء . فان قلنا إن عدة الاقراء تدخل فى عدة الحمل كانت عدتها من الطلاق والوطء بالحمل فاذا وضعت انقضت العدتان جميعا ، وان قلنا لا تدخل عدة الاقراء فى الحمل ، فان كانت لا ترى الدم على الحمل أو تراه وقلنا انه ليس بحيض فان عدتها من الطلاق تنقضى بوضع الحمل وعليها استئناف عدة الوطء بالاقراء . وان كانت ترى الدم وقلنا انه حيض ، فان سبق الوضع انقضت العدة الاولى وعليها إتمام العدة الثانية ، فان سبق انقضاء الأقراء انقضت عدة الوطء ولا تنقضى العدة الاولى الا بالوضع

(الشرح) قال الشافعى رضى الله عنه : أخبرنا مالك عن ابن شهاب عن سعيد ابن المسيب وسليمان أن طليحة كانت تحت رشيد الثقفى فطلقها البتة فنكحت فى عدتها . فضربها عمر بن الخطاب رضى الله عنه وضرب زوجها بالمخفقة ضربات وفرق بينهما ، ثم قال عمر : أيما امرأة نكحت فى عدتها فان كان الزوج الذى تزوج بها لم يدخل فرق بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من زوجها الاول وكان خاطبا من الخطاب . وان كان دخل بها فرق بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من زوجها الاول ، ثم اعتدت من زوجها الآخر ثم لم ينكحها أبداً

قال الشافعى ، قال سعيد ولها مهرها بما استحل منها . ثم قال : أخبرنا يحيى

ابن حسان عن جرير عن عطاء بن السائب عن زاذان أبي عمر عن عليّ رضي الله عنه أنه قضى في التي تزوج في عدتها أنه يفرق بينهما ولها الصداق بما استحل من فرجها وتكمل ما أفسدت من عدة الاول وتعتد من الآخر

قال أخبرنا عبد المجيد عن ابن جريج قال، أخبرنا عطاء أن رجلا طلق امرأته فاعتدت منه حتى اذا بقي شيء من عدتها نكحها رجل في آخر عدتها جهلا ذلك وبنى بها، فأتى عليّ بن أبي طالب رضي الله تعالى عنه في ذلك ففرق بينهما وأمرها أن تعتد ما بقي من عدتها الأولى ثم تعتد من هذا عدة مستقبلة، فإذا انقضت عدتها فهي بالخيار إن شاءت نكحت وان شاءت فلا

قال وبقول عمر وعلي نقول في المرأة تنكح في عدتها تأتي بعدتين معاً، وبقول علي نقول إنه يكون خاطبا من الخطاب ولم تحرم عليه، وذلك أنا اذا جعلنا النكاح الفاسد يقوم مقام النكاح الصحيح في أن على المنكوحة نكاحا فاسداً إذا أصيبت عدة كعدتها في النكاح الصحيح فنكحت امرأة في عدتها فأصيبت فقد لزمتها عدة الزواج الصحيح ثم لزمها عدة من النكاح الفاسد فكان عليها حقان بسبب زوجين ولا يؤديهما عنها إلا بأن تأتي بهما معاً. وكذلك كل حقين لزماها من وجهين لا يؤديهما عن أحد لزماه أحدهما دون الآخر

ولو أن امرأة طلقت أو ميت عنها فنكحت في عدتها ثم علي ذلك فسخ نكاحها، فإن كان الزوج الآخر لم يصبها أكملت عدتها من الاول ولا يبطل عنها من عدتها شيء في الايام التي عقد عليها فيها النكاح الفاسد، لأنها في عدتها ولم تصب، فإن أصابها أحصت مامضى من عدتها قبل اصابة الزوج الآخر وأبطلت كل ما مضى منها بعد اصابته حتى يفرق بينه وبينها واستأنفت البناء على عدتها التي كانت قبل اصابته من يوم فرق بينه وبينها حتى تكمل عدتها من الأول ثم تستأنف عدة أخرى من الآخر، فإذا أكملتها حلت منها والاخر خاطب من الخطاب إذا مضت عدتها من الأول؛ وبعد لا تحرم عليه لأنه اذا كان يعقد عليها النكاح الفاسد فيكون خاطبا اذا لم يدخل بها، فلا يكون دخوله بها في النكاح الفاسد أكثر من زناه بها. وهو لو زنى بها في العدة كان له أن ينكحها اذا انقضت

عدتها من الاول فللآخر أن يخطبها فى عدتها منه ؛ وأحب الىَّ لو كف عنها حتى تنقضى عدتها من مائه الفاسد اه

ولو كانت تحيض فاعتدت حيضة أو اثنتين ثم أصابها الزوج الاخر فحملت وفرق بينهما اعتدت بالحمل ، فاذا وضعته لأقل من ستة أشهر من يوم نكحها فهو للأول . وان كانت وضعته لستة أشهر من يوم نكحها الاخر فأكثر الى أقل من أربع سنين من يوم فارقها الاول دعى له القافة . وان كانت وضعته لأكثر من أربع سنين ساعة من يوم فارقها الاول فكان طلاقه لا يملك الرجعة فهو للآخر وان كان طلاقه يملك الرجعة وتداعياه أو لم يتداعياه ولم ينكراه ولا واحد منهما أريه القافة فبأيهما ألحقوه به لحق ، وان ألحقوه بالاول فقد انقضت عدتها من الأول وحل للآخر خطبتها ، وتبتدىء عدة من الآخر ، فاذا قضتها حلت خطبتها للأول وغيره ، فان ألحقوه بالاخر فقد انقضت عدتها من الاخر وتبتدىء فتكمل على ما مضى من عدة الاول ، وللأول عليها الرجعة فى عدتها منه ان كان طلاقه يملك الرجعة

وقد سبق لنا فى فصول سابقة من كتاب العدد بيان أن أقصى مدة الحمل أربع سنين — وبه قال أحمد وهو المشهور عن مالك — وذكرنا الأوجه والأقوال فى ذلك فارجع اليه .

قال المصنف رحمه الله تعالى

﴿ فصل ﴾ اذا خالع امرأته بعد الدخول فله أن يتزوجها فى العدة . وقال المزنى لا يجوز كما لا يجوز لغيره ، وهذا خطأ لأن نكاح غيره يؤدى الى اختلاط الانساب ولا يوجد ذلك فى نكاحه . وان تزوجها انقطعت العدة . وقال أبو العباس : لا تنقطع قبل أن يطأها ، كما لا تنقطع اذا تزوجها أجنبى قبل أن يطأها — وهذا خطأ — لأن المرأة تصير فراشا بالعقد ، ولا يجوز أن تبقى مع الفراش عدة ، ولأنه لا يجوز أن تكون زوجته وتعتد منه ؛ ويخالف الأجنبى فان نكاحه فى العدة فاسد فلم تصر فراشا الا بالوطء ، فان وطئها ثم طلقها لزمها عدة مستأنفة وتدخل فيها بقية الاولى .

وإن طلقها قبل أن يطأها لم يلزمها استئناف عدة لأنها مطلقة فى نكاح قبل المسيس فلم تلزمها عدة كما لو تزوج امرأة وطلقها قبل الدخول ، وعليها أن تتمم ما بقى عليها من العدة الأولى ، لأنا لو أسقطنا البقية أدى ذلك إلى اختلاط المياه وفساد الانساب ، لأنه يتزوج امرأة ويطأها ثم يخلعها ثم يتزوجها آخر فيطأها ثم يخلعها ثم يتزوجها آخر ، ويفعل مثل ذلك إلى أن يجتمع على وطئها فى يوم واحد عشرون ، وتختلط المياه وتفسد الانساب

﴿ فصل ﴾ إذا طلق امرأته بعد الدخول طلقة ثم راجعها نظرت ، فإن وطئها بعد الرجعة ثم طلقها لزمها أن تستأنف العدة وتدخل فيها بقية العدة الاولى ، فان راجعها ثم طلقها قبل يطأها ففيه قولان

(أحدهما) ترجع الى العدة الاولى وتبنى عليها ، كما لو خالعها ثم تزوجها فى العدة ثم طلقها قبل أن يطأها

(والثانى) أنها تستأنف العدة ، وهو اختيار المزنى ، وهو الصحيح ، لأنه طلاق فى نكاح وطىء فيه فأوجب عدة كاملة ، كما لو لم يتقدمه طلاق ولا رجعة وتخالف المختلعة لأن هناك عادت اليه بنكاح جديد ثم طلقها من غير وطء ، وههنا عادت الى النكاح الذى طلقها فيه ، فإذا طلقها استأنفت العدة ، كما لو ارتدت بعد الدخول ثم أسلمت ثم طلقها

وإن طلقها ثم مضى عليها قرء أو قرآن ثم طلقها من غير رجعة ففيه طريقان قال أبو سعيد الاصطخرى وأبو على بن خيران رحمهما الله هى كالمسألة قبلها فتكون على قولين ، وللشافعى رحمه الله ما يدل عليه ، فإنه قال فى تلك المسألة : ويلزم أن نقول ارتجع أو لم يرتجع سواء ، والدليل عليه أن الطلاق معنى لو طرأ على الزوجية أوجب عدة ، فاذا طرأ على الرجعية أوجب عدة كالوفاة فى إيجاب عدة الوفاة . وقال أبو إسحاق : تبنى على عدتها قولا واحداً لأنهما طلاقان لم يتخللهما وطء ولا رجعة فصار كما لو طلقها طلقتين فى وقت واحد

﴿ فصل ﴾ وإن تزوج عبد أمة ودخل بها ثم طلقها طلاقا رجعيا ثم أعتقت الأمة وفسخت النكاح ففيه طريقان

(أحدهما) أنها على قولين ، أحدهما تستأنف العدة من حين الفسخ ، والثانى لا تستأنف .

والطريق الثانى أنها تستأنف العدة من الفسخ قولا واحداً لأن إحدى العدتين من طلاق والاخرى من فسخ فلا تبنى إحداهما على الاخرى .

(الشرح) إذا خالع الرجل أو فسخ نكاحه فله أن يتزوجها فى عدتها فى قول جمهور الفقهاء ، وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء وطاوس والزهرى والحسن وقتادة ومالك والشافعى وأصحاب الرأى ؛ وشذ المزنى وبعض أصحابنا فقال لا يجوز ولا يحل له نكاحها ولا خطبتها لأنها معتدة

ووجه كون هذا القول خطأ أن العدة لحفظ نسبه وصيانة مائه ولا يصان ماؤه عن مائه إذا كانا من نكاح صحيح ، فاذا تزوجها انقطعت العدة ، لأن المرأة تصير فراشا له بعقده ولا يجوز أن تكون زوجة معتدة ، فان وطئها ثم طلقها لزمتها عدة مستأنفة ، ولا شىء عليها من الاول لأنها انقطعت وارتفعت . وان طلقها قبل أن يمسها فهل تستأنف العدة أو تبنى على مامضى ؟ مذهبنا أنه لا يلزمها استئناف عدة ، وبه قال محمد بن الحسن ، وهو احدى الروايتين عن أحمد . وقال أبو حنيفة « تستأنف » لأنه طلاق لا يخلو من عدة ، فأوجب عدة مستأنفة كالاول . دليلنا أنه طلاق فى نكاح قبل المسيس فلم يوجب عدة لعموم قوله تعالى « ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها »

(فرع) اذا طلقها طلاقا رجعيا ثم ارتجعها فى عدتها ووطئها ثم طلقها انقطعت العدة الاولى برجعته ، لأنه زال حكم الطلاق وتستأنف عدة من الطلاق الثانى ، لأنه طلاق من نكاح اتصل به المسيس ، وان طلقها قبل أن يمسها فهل تستأنف عدة أو تبنى على العدة الأولى ؟ فيه قولان ولأحمد روايتان كالقولين عندنا

١ — أن تستأنف لأن الرجعة أزالت شعث الطلاق الاول وردتها الى النكاح الاول ، فصار الطلاق الثانى طلاقا من نكاح اتصل به المسيس

٢ — تبنى لأن الرجعة لا تزيد على النكاح الجديد ، ولو نكحها ثم طلقها قبل المسيس لم يلزمها لذلك الطلاق عدة فكذلك الرجعة ، فان فسخ نكاحها

قبل الرجعة بخلع أو غيره احتمل أن يكون حكمه حكم الطلاق ، لأن موجبه فى العدة موجب الطلاق ، وقد مضى فى شرح الفصول قبله ما فيه من طرق وأوجه تداخل العدتين فلا داعي للتكرار .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

﴿ فصل ﴾ وإذا خلا الرجل بامرأته ثم اختلفا فى الإصابة ، فادعاه أحدهما وأنكر الآخر ففيه قولان . قال فى الجديد القول قول المنكر ، لأن الأصل عدم الإصابة . وقال فى القديم القول قول المدعى لأن الخلوة تدل على الإصابة

(فصل) وإن اختلفا فى انقضاء العدة بالأقراء فادعت المرأة انقضاءها لزمان يمكن فيه انقضاء العـــدة وأنكر الزوج ، فالقول قولها ، وإن اختلفا فى وضع ما تنقضى به العدة ، فادعت المرأة أنها وضعت ما تنقضى به العدة وأنكر الزوج فالقول قولها لقوله عز وجل « ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله فى أرحامهن » فحرج النساء على كتمان ما فى الأرحام كما حرج الشهود على كتمان الشهادة فقال : ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنه آثم قلبه . ثم يجب قبول شهادة قول الشهود فوجب قبول قول النساء ، ولأن ذلك لا يعلم إلا من جهتها فوجب قبول قولها فيه كما يجب على التابعى قبول ما يخبره به الصحابى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم حين لم يكن له سبيل الى معرفته إلا من جهته .

وإن ادعت المرأة انقضاء العدة بالشهور وأنكر الزوج فالقول قوله ، لأن ذلك اختلاف فى وقت الطلاق فكان القول فيه قوله .

(فصل) وإن طلقها فقالت المرأة طلقنى وقد بقى من الطهر ما يعتد به قرءاً وقال الزوج طلقتك ولم يبق شىء من الطهر فالقول قول المرأة لأن ذلك اختلاف فى وقت الحيض ، وقد بينا أن القول فى الحيض قولها

(فصل) وإن طلقها وولدت واتفقا على وقت الولادة واختلفا فى وقت الطلاق ، فقال الزوج طلقتك بعد الولادة فلى الرجعة ، وقالت المرأة طلقتنى قبل الولادة فلا رجعة لك فالقول قول الزوج ، لأنهما لو اختلفا فى أصل الطلاق كان

القول قوله فكذلك إذا اختلفا فى وقته ، ولأن هذا اختلاف فى قوله وهو أعلم به فرجع اليه . وإن اتفقا فى وقت الطلاق واختلفا فى وقت الولادة ، فقال الزوج ولدت قبل الطلاق فلى الرجعة ، وقالت المرأة بل ولدت بعد الطلاق فلا رجعة لك فالقول قولها لأنهما لو اختلفا فى أصل الولادة كان القول قولها فكذلك إذا اختلفا فى وقتها . وان جهلا وقت الطلاق ووقت الولادة وتداعيا السبق فقال الرجل تأخر الطلاق وقالت المرأة تأخرت الولاده ، فالقول قول الزوج لأن الأصل وجوب العدة وبقاء الرجعة ، فإن جهلا وقتهما ، أو جهل السابق منهما لم يحكم بينهما لأنهما لا يدعيان حقاً .

وإن ادعت المرأة السبق وقال الزوج لا أعرف السابق قال له الحاكم ليس هذا بجواب ، فإما أن تجيب جواباً صحيحاً أو نجعلك ناكلا ، فإن استفتى أفتيناه بما ذكرناه فى المسئلة قبلها ، وأن للزوج الرجعة لأن الاصل وجوب العدة وبقاء الرجعة ، والورع أن لا يراجعها

(فصل) فإن أذن لها فى الخروج الى بلد آخر ثم طلقها واختلفا ، فقالت المرأة نقلتنى الى البلد الآخر ففيه أعتد ، وقال الزوج بل أذنت لك فى الخروج لحاجة فعليك أن ترجعى فالقول قول الزوج لأنه أعلم بقصده ، وان مات واختلفت الزوجة والوارث فالقول قولها لأنهما استويا فى الجهل بقصد الزوج ومع الزوجة ظاهر ، فان الامر بالخروج يقتضى خروجا من غير عود

قال الشافعى رضى الله عنه فى القديم : اذا اختلفا فى الاصابة بعد الخلوة فالقول قول المدعى لأن الخلوة تدل على الاصابة . وقال فى الجديد ، قال الله تبارك وتعالى « اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها » فكان بيناً فى حكم الله عز وجل أن لا عدة على المطلقة قبل أن تمس ، وأن المسيس هو الاصابة ، ولم أعلم فى هذا خلافاً

ثم اختلف بعض المفتين فى المرأة يخلو بها زوجها فيغلق باباً ويرخى ستراً وهى غير محرمة ولا صائمة ، فقال ابن عباس وشريح وغيرهما لا عدة عليها الا بالاصابة نفسها ، لأن الله عز وجل هكذا قال

أخبرنا مسلم عن ابن جريج عن ليث عن طاوس عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما أنه قال فى الرجل يتزوج المرأة فيخلو بها ولا يمسها ولا يطلقها : ليس لها إلا نصف الصداق ، لأن الله عز وجل يقول « وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم » قال الشافعى وبهذا أقول وهو ظاهر كتاب الله عز ذكره اه

قلت ، قال تعالى « ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله فى أرحامهن » قال عكرمة والزهرى والنخعى من الحيض . وقال عمر وابن عباس الحمل ، وقال مجاهد الحيض والحمل معاً ، وهذا على أن الحامل تحيض ، والمعنى المقصود من الآية أنه لما دار أمر العدة على الحيض والأطهار ولا اطلاع عليهما إلا من جهة النساء جعل القول قولها إذا ادعت انقضاء العدة أو عدمها ، وجعلهن مؤتمنات على ذلك وهو مقتضى قوله تعالى « ولا يحل لهن أن يكتمن » الآية .

وقال سليمان بن يسار : ولم نؤمر أن نفتح النساء فننظر إلى فروجهن ، ولكن وكل ذلك اليهن إن كن مؤتمنات . ومعنى النهى عن الكتمان النهى عن الاضرار بالزوج وإذهاب حقه ، فإذا قالت المطلقة حضت وهى لم تحض ذهبت بحقه من الارتجاع . وإذا قالت لم أحض وهى قد حاضت ألزمته من النفقة ما لم يلزمه فأضرت به ، أو تقصد بكذبها فى نفى الحيض ألا ترتجع حتى تنقضى العدة ويقطع الشرع حقه ، وكذلك الحامل تكتم الحمل لتقطع حقه من الارتجاع . قال قتادة : كانت عادتهن فى الجاهلية أن يكتمن الحمل ليلحقن الولد بالزوج الجديد ، ففى ذلك نزلت الآية .

قال ابن المنذر : وقال كل من حفظت عنه من أهل العلم ، إذا قالت المرأة فى عشرة أيام قد حضت ثلاث حيض وانقضت عدتى إنها لا تصدق ولا يقبل ذلك منها إلا أن تقول قد أسقطت سقطا قد استبان خلقه ، واختلفوا فى المدة التى تصدق فيها المرأة . فقال مالك « إذا قالت انقضت عدتى فى أمد تنقضى فى مثله العدة قبل قولها ، فإن أخبرت بانقضاء العدة فى مدة تقع نادراً فقولان ، قال فى المدونة اذا قالت حضت ثلاث حيض فى شهر صدقت إذا صدقها النساء . وبه قال شريح . وقال له على بن أبى طالب « قالون » أى أصبت وأحسنت ، وقال فى كتاب

محمد ، لا تصدق إلا فى شهر ونصف ، ونحوه قول أبى ثور . قال أبو ثور أقل ما يكون فى ذلك سبعة وأربعين يوماً ، وذلك أن أقل الطهر خمسة عشر يوما . وأقل الحيض يوم .

وقال الشافعى ، لا تصدق فى أقل من ستين يوما ، وقال به أبو حنيفة .

(فرع) قال الشافعى رضى الله عنه ، ولو طلق الرجل امرأته وولدت فلم تدر هى أوقع الطلاق عليها قبل ولادها أو بعده . وقال هو وقع بعد ما ولدت فلى عليك الرجعة وكذبته ، فالقول قوله وهو أحق بها ، لأن الرجعة حق له والخلو من العدة حق لها ، فإذا لم تدع حقها فتكون أملك بنفسها لأنه فيها دونه لم يزل حقه إنما يزول بأن تزعم هى أنه زال . قال ولو لم يدر هو ولا هى أوقع الطلاق قبل الولاد أو بعده بأن كان عنها غائبا حين طلقها بناحية من مصرها أو خارج منه كانت عليها العدة ، لأن العدة تجب على المطلقة فلا نزيلها عنها إلا بيقين أن تأتى بها وكان الورع أن لا يرتجعها لأنى لا أدرى لعلها قد حلت منه ، ولو ارتجعها لم أمنعه لأنه لا يجوز لى منعه رجعتها إلا بيقين أن قد حلت منه

(فرع) قال الشافعى رضى الله عنه ، ولو قال لها اخرجى إلى مصر كذا أو موضع كذا فخرجت اليه ، أو منزل كذا من مصر فخرجت اليه ولم يقل لها حجى ولا أقيمى ولا ترجعى منه ولا لاترجعى الا ان تشائى ولا تزورى فيه اهلك او بعض معرفتك ولا تتنزهى اليه كانت هذه نقلة وعليها ان تعتد فى ذلك الموضع من طلاقه ووفاته .

فإذا اختلفا فقالت نقلتنى الى البلد الآخر ففيه أعتد ونفى هو فعلى ما بينه المصنف . والله تعالى اعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

﴿ باب استبراء الأمة وأم الولد ﴾

من ملك أمة ببيع أو هبة أو ارث أو سبي أو غيرها من الأسباب لزمه أن يستبرئها لما روى ابو سعيد الخدري رضي الله عنه « ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عام اوطاس ان لا توطأ حامل حتى تضع ، ولا حائل حتى تحيض حيضة . فإن كانت حاملا استبرأها بوضع الحمل لحديث أبي سعيد الخدري ، وإن كانت حائلا نظرت فإن كانت مما تحيض استبرأها بقرء ، وفي القرء قولان

(أحدهما) أنه طهر لأنه استبراء فكان القرء فيه الطهر كالعدة

(والثاني) أن القرء حيض ، وهو الصحيح ، لحديث أبي سعيد ، ولأن براءة الرحم لا تحصل إلا بالحيض — فإن قلنا إن القرء هو الطهر — فإن كانت عند وجوب الاستبراء طاهراً كانت بقية الطهر قرءاً ، فإن طعنت في الحيض لم تحل حتى تحيض حيضة كاملة ليعلم براءة رحمها ، فإذا طعنت في الطهر الثاني حلت وإن كانت حائضاً لم تشرع في القرء حتى تطهر ، فإذا طعنت في الحيض الثاني حلت . وإن قلنا إن القرء هو الحيض ، فإن كانت حال وجوب الاستبراء طاهراً لم تشرع في القرء حتى تحيض ، فإذا طعنت في الطهر الثاني حلت ، وان كانت حائضا لم تشرع في القرء إلا في الحيضة الثانية لأن بقية الحيض لا تعد قرءاً فإذا طعنت في الطهر الثاني حلت .

وإن وجب الاستبراء وهي ممن تحيض فارتفعت حيضتها كان حكمها في الانتظار حكم المطلقة إذا ارتفع حيضها ، وإن وجب الاستبراء وهي ممن لا تحيض لصغر أو كبر ففيه قولان (أحدهما) تستبرأ بشهر لأن كل شهر في مقابلة قرء (والثاني) تستبرأ بثلاثة أشهر — وهو الصحيح — لأن ما دونها لم يجعل دليلا على براءة الرحم .

﴿ فصل ﴾ وإن ملكها وهي مجوسية أو مرتدة أو معتدة أو ذات زوج لم يصح استبراؤها في هذه الأحوال ، لأن الاستبراء يراد للاستباحة ولا توجد

الاستباحة فى هذه الأحوال ، وان اشتراها فوضعت فى مدة الخيار أو حاضت فى مدة الخيار، فإن قلنا انها لاتملك قبل انقضاء الخيار لم يعتد بذلك عن الاستبراء لأنه استبراء قبل الملك ، وإن قلنا إنها تملك ففيه وجهان ، أحدهما لا يعتد به لأن الملك غير تام لأنه معرض للفسخ (والثانى) يعتد به لأنه استبراء بعد الملك وجواز الفسخ لايمنع الاستبراء ، كما لو استبرأها وبها عيب لم يعلم به ، وان ملكها بالبيع أو الوصية فوضعت أو حاضت قبل القبض ففيه وجهان (أحدهما) لا يعتد به لأن الملك غير تام (والثانى) يعتد به لأنه استبراء بعد الملك ، وللشافعى رحمه الله ما يدل على كل واحد من الوجهين ، وإن ملكها بالإرث صح الاستبراء وان لم تقبض لأن الموروث قبل القبض كالمقبوض فى تمام الملك وجواز التصرف

(فصل) وإن ملك أمة وهى زوجته لم يجب الاستبراء لأن الاستبراء لبراءة الرحم من ماء غيره ، والمستحب أن يستبرئها لأن الولد من النكاح مملوك ومن ملك اليمين حر فاستحب أن يميز بينهما

(فصل) وان كانت أمته ثم رجعت اليه بالفسخ ، أو باعها ثم رجعت اليه بالإقالة لزمه أن يستبرئها لأنه زال ملكه عن استمتاعها بالعقد وعاد بالفسخ فصار كما لو باعها ثم استبرأها ، فإن رهنها ثم فكها لم يجب الاستبراء لأن بالرهن لم يزل ملكه عن استمتاعها لأن له أن يقبلها وينظر اليها بالشهوة . وإنما منع من وطئها لحق المرتهن وقد زال حقه بالفكاك فحلت له .

وان ارتد المولى ثم أسلم أو ارتدت الامة ثم أسلمت وجب استبراؤها لأنه زال ملكه عن استمتاعها بالردة وعاد بالاسلام . وان زوجها ثم طلقت ، فإن كان قبل الدخول لم تحل له حتى يستبرئها ، لأنه زال ملكه عن استمتاعها وعاد بالطلاق ، وان كان بعد الدخول وانقضاء العدة ففيه وجهان (أحدهما) لا تحل له حتى يستبرئها لأنه تجدد له الملك على استمتاعها فوجب استبراؤها ، كما لو باعها ثم اشتراها (والثانى) تحل له وهو قول أبى على بن أبى هريرة لأن الاستبراء يراد لبراءة الرحم وقد حصل ذلك بالعدة

(فصل) ومن وجب استبراؤها حرم وطؤها ، وهل يحرم التلذذ بها بالنظر والقبلة ؟ ينظر فيه فإن ملكها ممن له حرمة لم يحل له ، لأنه لا يؤمن أن تكون

أم ولد لمن ملكها من جهته ، وأن ملكها من لا حرمة له كالمسبية ففيه وجهان . أحدهما لا تحل له لأن من حرم وطئها بحكم الاستبراء حرم التلذذ بها ، كما لو ملكها من له حرمة . والثانى أنها تحل لما روى عن ابن عمر رضى الله عنه أنه قال « خرجت فى سهمى يوم جلولاء جارية كأن عنقها ابريق فضة ، فما ملكت نفسى أن قمت اليها فقبلتها والناس ينظرون» ولأن المسبية يملكها حاملا كانت أو حائلا فلا يكون التلذذ بها الا فى ملكه ، وانما منع من وطئها حتى لا يختلط ماؤه بماء مشرك ، ولا يوجد هذا فى التلذذ بالنظر والقبلة ، وان وطىء زوجته بشبهة لم يحل له وطؤها قبل انقضاء العدة لأنه يؤدى الى اختلاط المياه وافساد النسب وهل له التلذذ بها فى غير الوطء على ما ذكرناه من الوجهين فى المسبية لأنها زوجته حاملا كانت أو حائلا

﴿ فصل ﴾ ومن ملك أمة جاز له بيعها قبل الاستبراء لأنا قد دللنا على أنه يجب على المشترى الاستبراء فلم يجب على البائع لأن براءة الرحم تحصل باستبراء المشترى ، وان أراد تزويجها نظرت فإن لم يكن وطئها جاز تزويجها من غير استبراء لأنها لم تصر فراشا له ، وان وطئها لم يجز تزويجها قبل الاستبراء لأنها صارت بالوطء فراشاً له :

﴿ فصل ﴾ وان أعتق أم ولده فى حياته أو عتقت بموته لزمها الاستبراء لأنها صارت بالوطء فراشا له وتستبرأ كما تستبرأ المسبية لأنه استبراء بحكم اليمين فصار كاستبراء المسبية ، وان أعتقها أو مات عنها وهى مزوجة أو معتدة لم يلزمها الاستبراء لأنه زال فراشه قبل وجوب الاستبراء فلم يلزمها الاستبراء ، كما لو طلق امرأته قبل الدخول ثم مات ، ولأنها صارت فراشاً لغيره فلا يلزمها لأجله استبراء . وان زوجها ثم مات ومات الزوج ولم يعلم السابق منهما لم يخل اما أن يكون بين موتهما شهران وخمسة أيام فما دون أو أكثر أو لا يعلم مقدار ما بينهما فإن كان بينهما شهران وخمسة أيام فما دون لم يلزمها الاستبراء عن المولى لأنه ان كان المولى مات أولا فقد مات وهى زوجة فلا يجب عليها الاستبراء ، وان مات الزوج أولا فقد مات المولى بعده وهى معتدة من الزوج فلا يلزمها الاستبراء وعليها أن تعتد بأربعة أشهر وعشر من بعد موت أحدهما لأنه يجوز أن يكون

قد مات المولى أولا فعتقت ثم مات الزوج فيلزمها عدة حرة ، وان كان بين موتهما أكثر من شهرين وخمس ليال لزمها أن تعتد من بعد آخرهما موتاً بأكثر الامرين من أربعة أشهر وعشر أو حيضة ، لأنه ان مات الزوج أولا فقد اعتدت عنه بشهرين وخمسة أيام وعادت فراشا للمولى ، فإذا مات لزمها أن تستبرىء بحيضة ، وان مات المولى أولا لم يلزمها استبراء فإذا مات الزوج لزمتها عدة حرة فوجب الجمع بينهما ليسقط الفرض بيقين ، وان لم يعلم قدر مابين المدتين من الزمان وجب أن تأخذ بأغلظ الحالين، وهو أن يكون بينهما أكثر من شهرين وخمسة أيام فتعتد بأربعة أشهر وعشر أو حيضة ليسقط الفرض بيقين ، كما يلزم من نسي صلاة من صلاتين قضاء الصلاتين ليسقط الفرض بيقين ولا يوقف لها شيء من تركة الزوج لأن الاصل فيها الرق فلم تورث مع الشك

(فصل) وان كانت بين رجلين جارية فوطئاها ففيها وجهان ، أحدهما يجب استبراءان لأنه يجب لحقهما فلم يدخل أحدهما فى الآخر كالعدتين . والثانى يجب استبراء واحد ، لأن القصد من الاستبراء معرفة براءة الرحم ، ولهذا لا يجب الاستبراء بأكثر من حيضة وبراءة الرحم منهما تحصل باستبراء واحد

(فصل) اذا استبرأ أمته ثم ظهر بها حمل فقال البائع هو منى وصدقه المشترى لحقه الولد والجارية أم ولد له والبيع باطل ، وان كذبه المشترى نظرت ، فإن لم يكن أقر بالوطء حال البيع لم يقبل قوله لأن الملك انتقل الى المشترى فى الظاهر فلم يقبل اقراره بما يبطل حقه ، كما لو باعه عبدا ثم أقر أنه كان غصبه أو أعتقه . وهل يلحقه نسب الولد ؟ فيه قولان

قال فى القديم والاملاء يلحقه لأنه يجوز أن يكون ابنا لواحد ومملوكا لغيره وقال فى البويطى لا يلحقه لأن فيه اضرارا بالمشترى لأنه قد يعتقه فيثبت له عليه الولاء ، واذا كان ابنا لغيره لم يرثه ، فإن كان قد أقر بوطئها عند البيع ، فإن كان قد استبرأها ثم باعها نظرت فإن أتت بولد لدون ستة أشهر لحقه نسبه وكانت الجارية أم ولد له وكان البيع باطلا ، وان ولدته لستة أشهر فصاعدا لم يلحقه الولد ، لأنه لو استبرأها ثم أتت بولد وهى فى ملكه لم يلحقه ، فلأن لا يلحقه وهى فى ملك غيره أولى ، فإن لم يكن المشترى قد وطئها كانت الجارية

والولد مملوكين له ، وإن كان قد وطئها ، فإن أتت بولد لدون ستة أشهر من حين الوطء فهو كما لو لم يطأها ، لأنه لا يجوز أن يكون منه وتكون الجارية والولد مملوكين له ، وإن أتت بولد لستة أشهر فصاعداً ألحقه الولد وصارت الجارية أم ولد له لأن الظاهر أنه منه ، وإن لم يكن استبرأها البائع نظرت فإن ولدت لدون ستة أشهر من وقت البيع لحق البائع وكانت الجارية أم ولد له وكان البيع باطلا ، وإن ولدته لستة أشهر نظرت فإن لم يكن قد وطئها المشترى فهو كالقسم قبله لأنها لم تصر فراشاً له ، وإن وطئها فولدت لستة أشهر من وطئه عرض الولد على القافة فإن ألحقته بالبائع لحق به ، وإن ألحقته بالمشترى لحقه ، وقد بينا حكم الجميع

(الشرح) حديث أبى سعيد الخـــدرى أخرجه أحمد وأبو داود والحاكم وصححه وإسناده حسن ، وهو عند الدارقطنى من حديث ابن عباس وأعل بالإرسال ، وعند الطبرانى من حديث أبى هريرة بإسناد ضعيف

وأخرج أحمد ومسلم وأبو داود عن أبى الدرداء عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه أتى على امرأة مجح على باب فسطاط فقال : لعله يريد أن يلم بها ؟ فقالوا نعم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لقد هممت أن ألعنه لعنة تدخل معه قبره ، وكيف يورثه وهو لا يحل له ؟ كيف يستخدمه وهو لا يحل له . وفى مســـند أبى داود الطيالسى : وقال « كيف يورثه وهو لا يحل له ، وكيف يسترقه وهو لا يحل له » والمجح هى الحامل المقرب

وأخرج ابن أبى شيبة من حديث على مرفوعا « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن توطأ حامل حتى تضع ، ولا حائل حتى تستبرأ بحيضة » وفى إسناده ضعف وانقطاع .

قوله « عام أوطاس » هو واد فى ديار هوازن . قال القاضى عياض : وهو موضع الحرب بحنين ، وهو ظاهر كلام أصحاب السير . قال الحافظ بن حجر : والظاهر أن وادى أوطاس غير وادى حنين (أما بعد :)

هذا الباب من مفاخر الإسلام ، الدالة على أعظم الحكم ، وأسمى ضروب التربية على أكرم الفضائل وأطهر المثل ، ذلك أن جيش الاسلام حين يظفرون

بعدوهم فيقع فى أسرهم النساء على اختلاف ألوانهن ، من عذارى كواعب ، إلى نَصف بضّة تثير شبق الرجال ، والرجل المسلم المقاتل قد بعد موضعه عن موطن أهله ، وهو فى فتوته وشدة بأسه بالمحل الذى يضاعف من شبقه وشهوته ، تأتى الشريعة الغراء فتقول له : قف مكانك لا تقرب هذه السبية ولا تنزُ عليها وتربص بها حيضة إن كانت حائلا ، أو وضعاً ان كانت حاملا . إن لذلك من الأثر البعيد فى تهذيب النفوس وتنمية الإرادة وتزكية السلوك المسلم مايضفى على هذا الركب الورانى الذى يسمى بالجيش الفاتح من الجلال والروعة ما جعل الإسلام يسبقهم بنوره ، فتنفتح بهم قلوب غلف . وأعين عمى . وآذان صم . حتى لقد كسدت فى أسواقهم تلك الاجساد النسائية المسبية . وفى هذه الصورة يقول المتنبى فى نساء الروم :

يبكى عليهن البطاريق فى الضحى وهن لدينا ملقيات كواسد

بذا قضت الايام ما بين أهلها مصائب قوم عند قوم فوائد

ثم إن هذه المسبية على ضعفها وعزلائيتها وتجردها قد أحاطها الاسلام بدرعه المنيع وحمايتها من أن تسلب حرية العقيدة فلم يبح إكراهها على الإسلام إن أرادت البقاء على دينها

قال الإمام الشوكانى : ولا يشترط فى جواز وطء المسبية الإسلام ، ولو كان شرطا لبينه صلى الله عليه وسلم — ولم يبينه — ولا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة ، وذلك وقتها ، ولا سيما وفى المسلمين يوم حنين وغيره من هو حديث عهد بالاسلام يخفى عليهم مثل هذا الحكم . وتجويز حصول الاسلام من جميع السبايا وهى فى غاية الكثرة بعيد جداً ، فإن إسلام مثل عدد المسبيات فى أوطاس دفعة واحدة من غير إكراه لا يقول بأنه يصح تجويزه عاقل .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

كتاب الرضاع

إذا ثار للمرأة لبن على ولد فارتضع منها طفل له دون الحولين خمس رضعات متفرقات صار الطفل ولداً لها فى حكمين : فى تحريم النكاح ، وفى جواز الخلوة وأولاده أولادها ، وصارت المرأة أماً له وأمهاتها جداته ، وآباؤها أجداده ، وأولادها اخوته وأخواته ، وإخوتها وأخواتها أخواله وخالاته . وإن كان الولد ثابت النسب من رجل صار الطفل ولداً له وأولاده أولاده ، وصار الرجل أباً له ، وآباؤه أجداده وأمهاته جداته وأولاده اخوته واخوته وأخواته أعمامه وعماته والدليل عليه قوله تعالى « وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم ، وأخواتكم من الرضاعة » فنص على الامهات والأخوات ، فدل على ما سواه

وروى ابن عباس رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أريد على ابنة حمزة بن عبد المطلب فقال انها ابنة أخى من الرضاعة ، وانه يحرم من الرضاع مثل ما يحرم من النسب »

وروت عائشة رضى الله عنها « أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة »

وروت عائشة رضى الله عنها « أن أفلح أخا أبى القعيس استأذن عليها فأبت أن تأذن له ، فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : أفلا أذنت لعمك ؟ فقالت يا رسول الله انما أرضعتنى المرأة ولم يرضعنى الرجل ، قال فأذنى له فإنه عمك . وكان أبو القعيس زوج المرأة التى أرضعت عائشة رضى الله عنها » ولأن اللبن حدث للولد ، والولد ولدهما ، فكان المرضع باللبن ولدهما .

﴿ فصل ﴾ وتنتشر حرمة الرضاع من الولد الى أولاده وأولاد أولاده . ذكوراً كانوا أو اناثاً . ولا تنتشر الى أمهاته وآبائه واخوته وأخواته . ولا يحرم على المرضعة أن تتزوج بأبى الطفل ولا بأخيه . ولا يحرم على زوج المرضعة الذى ثار اللبن على ولده أن يتزوج بأم الطفل ولا بأخته ، لقوله صلى الله عليه وسلم

« يحرم من الرضاع مايحرم من النسب» وحرمة النسب فى الولد تنتشر الى أولاده ولا تنتشر الى أمهاته وآبائه ، ولا الى اخوته وأخواته فكذلك الرضاع .

(الشرح) قوله تعالى فى سورة النساء « وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة » قرأ عبد الله « اللائى » بغير تاء ، كقوله تعالى « واللائى يئسن من المحيض » أما حديث ابن عباس « أن النبى صلى الله عليه وسلم أريد على ابنة حمزة فقال انها لا تحل لى . انها ابنة أخى من الرضاعة ويحرم من الرضاعه مايحرم من الرحم » وفى لفظ « من النسب » أخرجه أحمد والبخارى ومسلم . وحديث عائشة أخرجه أحمد والشيخان وأصحاب السنن الأربعة والدارقطنى . أما حديث عائشة فأخرجه البخارى فى الشهادات عن محمد بن أبى كثير وعن آدم . وفى النكاح عن أبى الوليد ومسلم فى النكاح عن هناد . وعن عبد الله بن معاذ وعن قتيبة والحلوانى ومحمد بن رافع وابو داود فيه عن حفص بن عمرو عن محمد بن كثير والنسائى فيه عن هناد وعن قتيبة والربيع بن سليمان واسحاق بن ابراهيم . وأخرجه ابن ماجه عن ابى بكر بن أبى شيبة .

أما اللغات فالرضاع بكسر الراء وفتحها . والرضاعة بالفتح لا غير . وحكى المروى الكسر فيها أيضاً - أفاده بن بطال - أما الفعل رضع فهو من تعب فى لغة نجد ورضع رضعا من باب ضرب لغة لأهل تهامة . وأهل مكة يتكلمون بها وبعضهم يقول أصل المصدر من هذه اللغة كسر الضاد . وانما السكون تخفيف مثل الحلف والحلْف . ورضع يرضع بفتحتين لغة ثالثة رضاعا . ورضاعة بفتح الراء . وأرضعته أمه فارتضع فهى مرضع ومرضعة ايضا .

وقال الفراء وجماعة ان قصد حقيقة الوصف بالارضاع فرضع بغير هاء . وان قصد مجاز الوصف بمعنى انها محل الارضاع فيما كان أو سيكون فبالهاء وعليه قوله تعالى «تذهل كل مرضعة عما ارضعت» ونساء مراضع ومراضيع . وراضعته مراضعة ورضاعا . ورضاعة بالكسر وهو رضيعى . والراضعتان الثنيتان اللتان يشرب عليهما اللبن . ويقال الراضعة الثنية اذا سقطت والجمع الرواضع .

قال أبو زيد . الراضعة كل سن سقطت من مقادمه . ويقال لؤم ورضع على الازدواج . وذلك اذا مص من الخلف مخافة أن يعلم به أحد إذا حلب فيطلب منه شيئا فهو راضع . ولو أفرد قيل رضع مثل تعب أو ضرب والجمع رضع

قوله « أريد على ابنة حمزة » أى طلب وأصله من راد يرود اذا طلب المرعى وفى الخبر « ان الرائد لا يكذب أهله » وفى حديث « فليرتد لبوله » ومنه قوله « أنا راودته عن نفسه » والذى أراد من النبي صلى الله عليه وسلم أن يتزوجها هو على رضى الله عنه كما فى صحيح مسلم ، وقد اختلف فى اسم ابنة حمزة . أمامة وسلمى وفاطمة وعائشة وأمة الله وعمارة ويعلى ، وانما كانت ابنة أخى النبي صلى الله عليه لأنه صلى الله عليه وسلم رضع من ثويبة وقد كانت أرضعت حمزة .

وأفلح قال الشوكانى هو مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم . وليس بصحيح اذ أن افلح مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم . قال ابن منده اراه هو الذى قال له النبي صلى الله عليه وسلم « ترب وجهك »

قال ابن الأثير فى اسد الغابة . روى له ابو نعيم حديث ام سلمة قالت « رأى النبى (ص) علاما لنا يقال له افلح ينفخ اذا سجد ، فقال له « ترب وجهك » وروى حبيب المكى عن افلح مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال « اخاف على امتى من بعدى ضـــلالة الأهواء واتباع الشهوات والغفلة بعد المعرفة » اخرجه ثلاثتهم — يعنى ابن منده وابا نعيم وابا عمر بن عبد البر — قلت واسم افلح هذا رباح .

اما افلح بن ابى القعيس او ابو القعيس وقيل أخو أبى القعيس فقال ابن الأثير [1] صاحب الاصابة اخبرنا ابو المكارم فتيان الجوهرى باسناده عن القعنبى عن مالك عن ابن شهاب

---

(١) ابناء الأثير ثلاثة اخوة ، الأكبر وهو مجد الدين ابو السعادات المبارك ابن محمد صاحب النهاية فى غريب الحديث واوسطهم عز الدين ابو الحسن صاحب اسد الغابة والكامل فى التاريخ . واصغرهم هو ضياء الدين ابو الفتح نصر الله صاحب « المثل السائر فى ادب الكاتب والشاعر » وكان احد وزراء الملك الافضل ابن صلاح الدين الايوبى .

عن عروة عن عائشة وساق الحديث وقال . ورواه سفيان بن عيينة ومعمر عن الزهرى نحوه . ورواه ابن نمير وحماد بن زيد عن هشام بن عروة عن أبيه فقال « إن أخا أبى القعيس » وكذلك رواه عطاء عن عروة ، ورواه عباد بن منصور عن القاسم بن محمد قال ، حدثنا أبو القعيس أنه جاء الى عائشة رضى الله عنها فذكر نحوه . والصحيح أنه أخو أبى القعيس

أما الأحكام فإنه لا يقتضى التحريم من الرضاع إلا خمس رضعات معلومات والرضاع المقتضى للتحريم هو الواصل الى الجوف مع الاشباع ، فإذا أرضعت المرأة طفلا حرمت عليه لأنها أمه ، وبنتها لأنها أخته ، وأختها لأنها خالته وأمها لأنها جدته وبنت زوجها صاحب اللبن لأنها أخته ، وأخته لأنها عمته وأمه لأنها جدته ، وبنات بنيها وبناتها لأنهن بنات إخوته وأخواته ، ويشترط فى الإرضاع شرطان (أحدهما) خمس رضعات لحديث عائشة الذى سيأتى . وفى حديث سهلة « أرضعيه خمس رضعات يحرم بهن »

الشرط الثانى أن يكون فى الحولين ، فإن كان خارجا عنهما لم يحرم كما سيأتى . وقد استدل بقوله تعالى « وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم » من نفى لبن الفحل ، وهو سعيد بن المسيب وابراهيم النخعى وأبو سلمة بن عبد الرحمن . وقالوا لبن الفحل لا يحرم شيئاً من قبل الرجل

وقال الجمهور . قوله تعالى « وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم » يدل على أن الفحل أب ، لأن اللبن منسوب اليه ؛ فإنه درّ بسبب ولده — وهذا ضعيف — فإن الولد خلق من ماء الرجل والمرأة جميعاً . واللبن من المرأة ولم يخرج من الرجل . وما كان من الرجل الا وطء هو سبب لنزول الماء منه ، وإذا فصل الولد خلق الله اللبن من غير أن يكون مضافا الى الرجل بوجه ما . ولذلك لم يكن للرجل حق فى اللبن وإنما اللبن لها فلا يمكن أخذ ذلك من القياس على الماء . وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » يقتضى التحريم من الرضاع ولا يظهر وجه نسبة الرضاع الى الرجل مثل ظهور نسبة الماء اليه والرضاع منها .

نعم . الأصل فيه حديث « أن أفلح أخا القعيس جاء يستأذن عليها وهو عمها

من الرضاعة بعد أن نزل الحجاب قالت : فأبيت أن آذن له ، فلما جاء النبى (ص) أخبرته فقال : ليلج عليه فإنه عمك تربت يمينك ، وكان أبو القعيس زوج المرأة التى أرضعت عائشة رضى الله عنها

قال القرطبى وهذا خبر واحد . ويحتمل أن يكون أفلح مع أبى بكر رضيعى لبان فلذلك قال ليلج عليك عمك . وبالجملة فالقول فيه مشكل والعلم عند الله ولكن العمل عليه . والاحتياط فى التحريم أولى مع أن قول الله تعالى « وأحل لكم ما وراء ذلكم » يقوى قول المخالف اه

وقوله تعالى « وأخواتكم من الرضاعة » وهى الأخت لأب وأم . وهى التى أرضعتها أمك بلبان أبيك . سواء أرضعتها معك أو ولدت قبلك أو بعدك . والأخت من الأب دون الام . وهى التى أرضعتها زوجة أبيك . والاخت من الام دون الاب وهى التى أرضعتها أمك بلبان رجل آخر ، ثم ذكر التحريم بالمصاهرة فقال « وأمهات نسائكم » والصهر أربع : أم المرأة وابنتها وزوجة الاب وزوجة الابن . فأم المرأة تحرم بمجرد العقد الصحيح على ابنتها

إذا تقرر هذا فإن تحريم الام والاخت ثبت بنص الكتاب . وتحريم البنت ثبت بالتنبيه . فإنه اذا حرمت الاخت فالبنت أولى وسائر المحرمات ثبت تحريمهن بالسنة . وتثبت المحرمية لأنها فرع على التحريم اذا كان بسبب مباح

قال المصنف رحمه الله تعالى :

﴿ فصل ﴾ ولا يثبت تحريم الرضاع فيما يرتضع بعد الحولين لقوله تعالى (والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة) فجعل تمام الرضاع فى الحولين فدل على أنه لا حكم للرضاع بعد الحولين] .

وروى يحيى بن سعيد أن رجلا قال لأبى موسى الاشعرى « انى مصصت من ثدى امرأتى لبناً فذهب فى بطنى . قال أبو موسى لا أراه إلا قد حرمت عليك . فقال عبد الله بن مسعود: انظر ماتفتى به الرجل . فقال أبو موسى فما تقول أنت فقال عبد الله : لا رضاع إلا ما كان فى الحولين . قال أبو موسى لا تسألونى عن شىء ما دام هذا الحبر بين أظهركم »

وعن ابن عباس رضى الله عنه قال : لا رضاع إلا ما كان فى الحولين

(الشرح) انتزع الفقهاء من قوله تعالى (والوالدت يرضعن أولادهن حولين كاملين) أن الرضاعة المحرِّمة ــ بكسر الراء المشددة ــ الجارية مجرى النسب إنما هى ما كان فى الحولين ، لأنه بانقضاء الحولين تمت الرضاعة ، ولا رضاعة بعد الحولين معتبرة . وهو قول عمر وابن عباس . وروى عن ابن مسعود كما حكاه المصنف . وبه قال الزهرى وقتادة والشعبى وسفيان الثورى ومالك وأحمد وإسحاق وأبو يوسف ومحمد وأبو ثور وابن شبرمة

وروى ابن عبد الحكم عن مالك : ان زاد شهراً جاز وروى شهران . وقال أبو حنيفة : يحرم الرضاع فى ثلاثين شهراً ، لقوله تعالى « وحمله وفصاله ثلاثون شهراً » ولم يرد بالحمل حمل الاحشاء ، لأنه يكون سنتين ، فعلم أنه أراد الحمل فى الفصال . وقال زفر : مدة الرضاع ثلاث سنين ، وكانت عائشة ترى رضاعة الكبيرة تحرِّم . ويروى هذا عن عطاء والليث وداود لما روى أن سهلة بنت سهيل قالت « يارسول الله إنا كنا نرى سالما ولداً فكان يأوى معى ومع أبى حذيفة فى بيت واحد ويرانى فضلا . وقد أنزل الله فيهم ماقد علمت فكيف ترى فيه ؟ فقال لها النبى صلى الله عليه وسلم أرضعيه ، فأرضعته خمس رضعات فكان بمنزلة ولدها فبذلك كانت عائشة تأخذ بنات أخواتها وبنات إخوتها يرضعن من أحبت عائشة أن يراها ويدخل عليها ــ وان كان كبيرا خمس رضعات ــ وأبت ذلك أم سلمة وسائر أزواج النبى صلى الله عليه وسلم أن يُدخل عليهن بتلك الرضاعة حتى يكون قد رضع فى المهد . وقلن لعائشة والله ما ندرى لعلها رخصة من النبى (ص) لسالم دون الناس . رواه أبو داود والنسائى

دليلنا قوله تعالى « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة » فجعل تمام الرضاعة حولين فيدل على أنه لا حكم لها بعدهما

وعن عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل عليها وعندها رجل ، فتغير وجه النبى صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله إنه أخى من الرضاعة ، فقال صلى الله عليه وسلم : انظرن من إخوانكن ، فإنما الرضاعة من المجاعة » متفق عليه .

وعن أم سلمة قالت ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا يحرم من الرضاع

إلا ما فتق الأمعاء وكان قبل الفطام ، أخرجه الترمذي وقال حديث حسن صحيح وعند هذا يتعين حمل خبر أبي حذيفة على أنه خاص له دون غيره من الناس كما قال سائر أزواجه صلى الله عليه وسلم

قال ابن قدامة : وقول أبي حنيفة تحكم يخالف ظاهر الكتاب وقول الصحابة فقد روينا عن علي وابن عباس أن المراد بالحمل حمل البطن ، وبه استدل على أن أقل مدة الحمل ستة أشهر ، وقد دل على هذا قول الله تعالى « وفصاله فى عامين » فلو حمل على ما قاله أبو حنيفة لكان مخالفاً لهذه الآية

قال عبد الرزاق عن الثوري : حدثنا أبو بكر بن عياش عن أبي حصين عن أبي عطية الوادعي قال : جاء رجل إلى أبي موسى فقال « ان امرأتي ورم ثديها فمصصته فدخل حلقي شيء وسبقني ؟ فشدد عليه أبو موسى فأتى عبد الله بن مسعود فقال سألت أحداً غيري ؟ قال نعم أبا موسى فشدد عليّ ، فأتى أبا موسى فقال ، أرضيع هذا ؟ فقال أبو موسى لا تسألوني ما دام هذا الحبر فيكم

إذا ثبت هذا فالاعتبار بالعامين لا بالفطام ، فلو فطم قبل الحولين ثم ارتضع فيهما لحصل التحريم ، ولو لم يفطم حتى تجاوز الحولين ثم ارتضع بعدهما قبل الفطام لم يثبت التحريم .

وقال ابن القاسم صاحب مالك « لو ارتضع بعد الفطام فى الحولين لم تحرم عليه لقوله صلى الله عليه وسلم « وكان قبل الفطام » ويرد عليه قوله تعالى « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين » وقوله صلى الله عليه وسلم « لا رضاع الا ما كان فى الحولين » والفطام معتبر بمدته لا بنفسه

وعن جابر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا رضاع بعد فصال ولا يتم بعد احتلام » رواه الطيالسي فى مسنده

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) ولا يثبت تحريم الرضاع بما دون خمس رضعات ، وقال أبو ثور يثبت بثلاث رضعات لما روت أم الفضل رضي الله عنها أن رسول الله (ص)

قال « لا تحرم الاملاجة ولا الاملاجتان» فدل على أن الثلاث يحرمن . والدليل على أنه لا يحرم مادون خمس الرضعات ما روت عائشة رضى الله عنها قالت « كان فيما أنزل من القرآن عشر رضعات معلومات يحرمن ، ثم نسخ بخمس معلومات فتوفى رسول الله صلى الله عليه وسلم وهن مما يقرأ فى القرآن » وحديث أم الفضل يدل على أن الثلاث يحرمن من جهة دليل الخطاب ، والنص يقـــدم على دليل الخطاب ، وهو مارويناه ، ولا يثبت إلا بخمس رضعات متفرقات ، لأن الشرع ورد بها مطلقاً ، فحمل على العرف ، والعرف فى الرضعات أن يرتضع ثم يقطعه باختياره من غير عارض ثم يعود اليه بعد زمان ثم يرتضع ثم يقطعه ، وعلى هذا إلى أن يستوفى العدد ، كما أن العادة فى الأكلات أن تكون متفرقة فى أوقات . فأما إذا قطع الرضاع لضيق نفس أو لشىء يلهيه ثم رجع اليه أو انتقل من ثدى إلى ثدى كان الجميع رضعة ، كما أن الأكل إذا قطعه لضيق نفس أو شرب ماء أو لانتقال من لون إلى لون كان الجميع أكلة ، فإن قطعت المرضعة عليه ففيه وجهان (أحدهما) أن ذلك ليس برضعة ، لأنه قطع عليه بغير اختياره (والثانى) أنه رضعة ، لأن الرضاع يصح بكل واحد منهما . ولهذا لو أوجرته وهو نائم ثبت التحريم كما يثبت إذا ارتضع منها وهى نائمة ، فإذا تمت الرضعة بقطعه وجب أن تتم بقطعها .

فإن أرضعته امرأة أربع رضعات ، ثم أرضعته امرأة أخرى أربع رضعات ثم عاد إلى الاولى فارتضع منها وقطع ، وعاد إلى الاخرى فى الحال فارتضع منها ففيه وجهان :

(أحدهما) لا يتم عدد الخمس من واحدة منهما ، لأنه انتقل من إحداهما الى الاخرى قبل تمام الرضعة فلم تكن كل واحدة منهما رضعة ، كما لو انتقل من ثدى الى ثدى (والثانى) يتم العدد من كل واحدة منهما ، لأن الرضعة أن يرتضع القليل والكثير ثم يقطع ولا يعود إلا بعد زمان طويل ، وقد وجد ذلك

(الشرح) حديث أم الفضل « أن رجلا سأل النبى صلى الله عليه وسلم: أتحرّم المصة ؟ فقال لا تحرم الرضعة والرضعتان والمصة والمصتان » وفى رواية « دخل

أعرابي على نبي الله صلى الله عليه وسلم وهو في بيتي فقال يا نبي الله إني كانت لي امرأة فتزوجت عليها أخرى فزعمت امرأتي الاولى أنها أرضعت الحدثى رضعة أو رضعتين ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم « لا تحرم الاملاجة ولا الاملاجتان » أخرجه مسلم في النكاح عن يحيى بن يحيى وعمرو الناقد وإسحاق بن ابراهيم . وعن أبي بكر وعن أبي غسان المسمعي وعن أحمد بن سعيد الدارمي والنسائي في النكاح عن عبد الله بن الصباح وابن ماجه في النكاح عن أبي بكر بن أبي شيبة .

أما حديث عائشة قالت « كان فيما أنزل من القرآن عشر رضعات يحرمن ثم نسخن بخمس » وفي رواية « الرضاعة تحرم ما تحرم الولادة » أخرجه البخاري في الشهادة . وفي الخمس عن عبد الله بن يوسف ، وفي النكاح عن اسماعيل ، وأخرجه مسلم في النكاح عن يحيى بن يحيى . وعنه وعن القعنبي وعن أبي كريب وعن أبي معمر وأخرجه أبو داود في النكاح عن القعنبي وأخرجه الترمذي في الرضاع عن اسحاق بن موسى وعن محمد بن بشار وأخرجه النسائي في النكاح عن هرون بن عبد الله ، وعن محمد بن عبيد الله ، وعن عبيد الله بن سعيد ، وعن عبد الوارث بن عبد الصمد

أما اللغات فقوله « الاملاجة ولا الاملاجتان » وهو الزائد المهموز للفعل المجرد الثلاثي ملج ، يقال ملج الصبي أمه ملجاً من باب نصر وقتل وملج يملَج من باب تعب لغة فيه أي رضعها ، ويتعدى بالهمزة فيقال أملجته أمه ، والمرة من الثلاثي ملجة ومن الرباعي إملاجة ، مثل الاكرامة والاخراجة ونحو ذلك وامتلج الفصيل ما في الضرع .

وقوله « بالوَجور » وهو بفتح الواو وزان رسول الدواء يُصب في الحلق وأوجرت المريض إيجاراً فعلت به ذلك ، ووجرته أجره من باب وعد ، وقال ابن بطال في شرح غريب المهذب « الوجور بضم الواو وبفتح الدواء نفسه » واللدود إدخال الدواء في شق الفم وجانبيه ، والسعوط ادخاله في الأنف والحقنة في الدبر .

وقوله « معلومات » فيه إشارة إلى أنه لا يثبت حكم الرضاع إلا بعد العلم بعدد الرضعات ، وأنه لا يكفي الظن بل يرجع معه ومع الشك إلى الاصل وهو العدم .

قوله « وهن فيما يقرأ » فيه إشارة إلى أنه تأخر إنزال الخمس الرضعات ، فتوفى صلى الله عليه وسلم وهن قرآن يقرأ .

أما الأحكام فقد استدل بحديث عائشة على أن التحريم لا يتحقق إلا بخمس رضعات فما فوقها معلومات ، والرضعة هي المرة ، فمتى التقم الصبي الثدى فامتص منه ثم تركه باختياره لغير عارض كان ذلك رضعة ، فالرضعة الواحدة والرضعتان والثلاث والأربع ، وقد استدل بحديث « لا تحرم المصة ولا المصتان » على أن الثلاث محرمة . وهذا الاستدلال مأخوذ من دلالة مفهوم الخطاب ، وهو مذهب زيد بن ثابت وأبي ثور وابن المنذر وأبي عبيدة وداود بن على وأحمد في رواية عنه ، ولكن يعارض هذا المفهوم القاضي بأن ما فوق الاثنتين يقتضى التحريم ما ثبت من أن الرضاع المقتضى للتحريم خمس رضعات ، وهو قول ابن مسعود وعائشة وعبد الله بن الزبير وعطاء وطاوس وسعيد بن جبير وعروة بن الزبير والليث بن سعد وأحمد في ظاهر مذهبه وإسحاق وابن حزم وجماعة من أهل العلم قال الشوكاني : وقد روى هذا المذهب عن على بن أبي طالب رضى الله عنه .

وحكى ابن القيم عن الليث بن سعد أنه لا يحرم إلا خمس رضعات . وقد اعترض القائلون بقول أبي ثور الذى حكاه المصنف هنا باعتراضات ، منها أن الحديث متضمن كون الخمس الرضعات قرآناً والقرآن شرطه التواتر ، ولم يتواتر محل النزاع .

ثانياً : لو كان هذا قرآناً لحفظ لقوله تعالى « إنا نحن نزلنا الذكر وإنا له لحافظون »
ثالثاً : قوله تعالى « وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم » ، وإطلاق الرضاع يشعر بأنه يقع بالقليل والكثير ، ومثل ذلك حديث « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب »
رابعا : عن عقبة بن الحرث أنه تزوج أم يحيى بنت أبي إهاب فجاءت أمة سوداء فقالت قد أرضعتكما ، قال فذكرت ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فأعرض عنى فتنحيت فذكرت ذلك له فقال وكيف وقد زعمت أنها أرضعتكما ؟ فنهاه عنها ، رواه أحمد والبخارى وأبوداود والترمذى والنسائى والدارقطنى ، فإن النبي (ص) لم يستفصل عن الكيفية ولا سأل عن العدد

خامسا ، حديث «لا يحرم من الرضاع إلا ما فتق الامعاء» يدل على عدم اعتبار الخمس ، لأن الفتق يحصل بدونها

ونجيب عن الاعتراض الأول بأن كون التواتر شرطاً ممنوع ، والسند ما أسلفنا عن أئمة القراءات كحفص ونافع ، وقد تكلم الجزرى وغيره فى باب الحجة فى الصلاة بقراءة ابن مسعود وأبىّ من أبواب صفة الصلاة ، فإنه نقل هو وجماعة من أئمة القراءات الاجماع على ما يخالف هذه الدعوى ، ولم يعارض نقله ما يصلح لمعارضته . وأيضا اشتراط التواتر فيما نسخ لفظه على رأى المشترطين ممنوع . وكذلك انتفاء قرآنيته لا يستلزم انتفاء حجيته على فرض شرطية التواتر لأن الحجة ثبتت بظنية الثبوت التى يجب عندها العمل ، وقد قرأ الأئمة بقراءة الآحاد فى مسائل كثيرة منها قراءة ابن مسعود « فصيام ثلاثة أيام متتابعات » وقراءة أبىّ « وله أخ أو أخت من أم »

والجواب عن الثانى أن كونه غير محفوظ ممنوع ، بل قد حفظه الله برواية عائشة له ، والمعتبر حفظ الحكم ، ولو سلم انتفاء قرآنيته على جميع التقادير لكان سنة لكون الصحابى راوياً له عنه صلى الله عليه وسلم لوصفه له بالقرآنية ، وهو يستلزم صدوره عن لسانه وذلك كاف فى الحجية لما تقرر فى الاصول من أن المروى آحاد إذا انتفى عنه وصف القرآنية لم ينتف وجوب العمل به كما أسلفنا .

والجواب عن الثالث بأن مطلق الرضاع مقيد بأحاديث عدد الرضعات فى حديث عائشة . ويجاب عن الرابع بأن زيادة البيان على ذلك الذى قيل عنه من ترك الاستفصال يتعين الاخذ به ، وزيادة الثقة حجة والمثبت حجة على النافى . وقد يكون ترك الاستفصال مرده الى سبق البيان منه صلى الله عليه وسلم للقدر المحرِّم ويجاب عن الخامس بما أجبنا به عن الثالث والرابع

إذا ثبت هذا فإنه اذا كانت الرضعات المحرمة خمساً وكانت فى خلال الحولين فلو رضع الخامسة على رأس الحولين فقد ثبت التحريم ، وكذلك ينبغى أن تكون الرضعات متفرقات ، وبهذا قال أحمد

وحد الرضعة كما قلنا أن لا يقطعها إلا باختياره ، فأما إن قطع لضيق نفس أو للانتقال من ثدى إلى ثدى ، أو لشىء يلهيه ، أو قطعت عنه المرضعة نظرت

فإن لم يعد قريبا فهي رضعة وإن عاد في الحال ففيه وجهان (أحدهما) أن الاولى رضعة فإذا عاد فهي رضعة أخرى . وهذا ظاهر كلام أحمد رضي الله عنه في رواية حنبل فإنه قال : ألا ترى الصبي يرتضع من الثدي ، فإذا أدركه النفس أمسك عن الثدي ليتنفس أو يستريح فإذا فعل ذلك فهي رضعة ؛ وذلك لأن الاولى رضعة لو لم يعد فكانت رضعة وإن عاد كما لو قطع باختياره .

(والثاني) أن جميع ذلك رضعة واحدة إلا في حالة قطع المرضعة ففيه الوجهان لأنه لو حلف لا أكلت اليوم إلا أكلة فاستدام الأكل زمناأو قطع لشرب الماء أو انتقال من لون الى لون أو انتظار لما يحمل اليه من الطعام ، لم يعد إلا أكلة واحدة فكذا ههنا .

قال المصنف رحمه الله تعالى

﴿ فصل ﴾ وإن شكت المرضعة هل أرضعته أم لا ؟ أو هل أرضعته خمس رضعات أو أربع رضعات لم يثبت التحريم ، كما لو شك الزوج هل طلق امرأته أم لا ؟ وهل طلق ثلاثا أو طلقتين ؟

(فصل) ويثبت التحريم بالوجور لأنه يصل اللبن الى حيث يصل بالارتضاع ويحصل به من إنبات اللحم وانتشار العظم ما يحصل بالرضاع ، ويثبت بالسعوط لأنه سبيل لفطر الصائم ، فكان سبيلا لتحريم الرضاع كالفم ، وهل يثبت بالحقنة فيه قولان (أحدهما) يثبت لما ذكرناه في السعوط (والثاني) لا يثبت لأن الرضاع جعل لانبات اللحم وانتشار العظم ، والحقنة جعلت للاسهال ، فإن ارتضع مرتين وأوجر مرة وأسعط مرة وحقن مرة . وقلنا إن الحقنة تحرم يثبت التحريم ، لأنا جعلنا الجميع كالرضاع في التحريم وكذلك في اتمام العدد .

﴿ فصل ﴾ وان حلبت لبنا كثيراً في دَفعة واحدة وسقته في خمسة أوقات فالمنصوص أنه رضعة .

وقال الربيع فيه قول آخر أنه خمس رضعات ؛ فمن أصحابنا من قال هو من تخريج الربيع . ومنهم من قال فيه قولان (أحدهما) أنه خمس رضعات ، لأنه يحصل به ما يحصل بخمس رضعات (والثاني) أنه رضعة — وهو الصحيح —

لأن الوجور فرع للرضاع ، ثم العدد فى الرضاع لا يحصل إلا بما ينفصل خمس مرات فكذلك فى الوجور .

وإن حلبت خمس مرات وسقته دفعة واحدة ففيه طريقان ، من أصحابنا من قال هو على قولين كالمسألة قبلها ، ومنهم من قال هو رضعة قولا واحداً لأنه لم يشرب إلا مرة . وفى المسألة قبلها شرب خمس مرات . وإن حلبت خمس مرات وجعلتها فى إناء ثم فرقته وسقته خمس مرات ففيه طريقان ، من أصحابنا من قال يثبت التحريم قولا واحداً لأنه تفرق فى الحلب والسق . ومنهم قال هو على قولين لأن التفريق الذى حصل من جهة المرضعة قد بطل حكمه بالجمع فى إناء

(الشرح) اذا وقع الشك فى وجود الرضاع أو فى عدد الرضعات المحرِّمة هل كملت أم لا ؟ لم يثبت التحريم لأن الأصل عدمه فلا نزول عن اليقين بالشك ، كما لو شك فى وجود الطلاق وعدده .

والسعوط والوجور كالرضاع ، فإذا صب اللبن فى أنفه من أناء أو غيره أو صب فى حلقه صبا من غير الثدى فكلا الأمرين الحكم فيهما حكم الرضاع . وقد اختلفت الرواية فى التحريم بهما عن أحمد ، فأصح الروايتين أن التحريم يثبت بهما كما أفاده ابن قدامة . وهو قول الشعبى والثورى وأصحاب الرأى وبه قال مالك فى الوجور ، ولم يقل به فى السعوط

والرواية الثانية عن أحمد لا يثبت بهما التحريم ، وهو اختيار أبى بكر من أصحاب أحمد وداود بن على وقول عطاء الخراسانى فى السعوط لأن هذا ليس برضاع ، وانما حرم الله تعالى ورسوله بالرضاع ، ولأنه حصل من غير ارتضاع فأشبه ما لو دخل من جرح فى بدنه

دليلنا ما روى ابن مسعود عن النبى صلى الله عليه وسلم « لا رضـــاع الا ما أنشز العظم وأنبت اللحم» رواه أبوداود ، ولأن هذا يصل به اللبن الى حيث يصل بالارتضاع ويحصل به من انبات اللحم وانشاز العظم ما يحصل من الارتضاع فيجب أن يساويه فى التحريم ، والانف سبيل الفطر للصائم فكان سبيلا للتحريم اذا تقرر هذا فإنه يحرم من ذلك مثل الذى يحرم بالرضاع ، وهو خمس فى

الرواية المشهورة فإنه فرع على الرضاع فيأخذ حكمه ، فإن ارتضع وكمل الخمس بسعوط أو وجور كان كمن كمل الخمس برضاع وثبت التحريم بها لأنا جعلناه كالرضاع فى أصل التحريم . فكذلك فى اكمال العدد ، ولو حلبت فى اناء دفعة واحدة ثم سقته غلاما فى خمسة أوقات فالمنصوص أنه رضعة .

وقال الربيع فيه قول آخر أنه خمس فاختلف أصحابنا فمنهم من قال ليس هذا قولا للامام وانما هو من تخريج الربيع . ومنهم من عدهما قولين (أحدهما) أنه خمس لأنه يحصل به ما يحصل بالخمس . وبهذا قال أحمد . لأن الاعتبار بشرب الصبى له لأنه المحرم . ولأنه لو أكل خمس أكلات من طعام واحد متفرقات لكان قد أكل خمس أكلات .

دليلنا أن القدر المعتبر للرضعة الواحدة لو قسم الى خمسة أجزاء لما زاد على كونه رضعة . ولأن الاعتبار بالرضاع والوجور فرعه . وقد عكس الحنابلة فى الصورتين .

فأما ان سقته اللبن المجموع من خمس رضعات اعتبارية جرعة بعد جرعة متتابعة ففيه طريقان . فمن أصحابنا من جعلها كالتى قبلها فى الوجور خمس مرات لرضعة واحدة . وظاهر كلام الخرقى من أئمة الحنابلة أنه رضعة واحدة لأن المعتبر خمس رضعات متفرقات وهذه غير متفرقات . والتفريق الذى حصل من جهة المرضعة بطل حكمه بالجمع فى اناء

فأما الحقنة فإن قلنا تحرم كالسعوط والوجور كانت فى حكم الرضاع بمعنى أنه اذا رضع من الثدى رضعتين وبالسعوط واحدة وبالوجور واحدة وبالحقن واحدة كانت خمسا كاملة محرِّمة . وبهذا قال ابن حامد من الحنابلة وابن أبى موسى والمنصوص عن أحمد أنها لا تحرم . وهو مذهب أبى حنيفة ومالك لأن هذا ليس برضاع ولا يحصل به التغذى فلم ينشر الحرمة ، كما لو قطر فى احليله ، ولأنه ليس برضاع ولا فى معناه فلم يجز اثبات حكمه فيه . ويفارق فطر الصائم فإنه لا يعتبر فيه انبات اللحم ولا انشاز العظم ، ولأنه وصل اللبن الى الباطن من غير الحلق أشبه ما لو وصل من جرح

وقد سألنا ولدنا التقى الدكتور أسامة أمين فراج فأجاب بأننا لو أعطينا الطفل حقنة اللبن من الشرج فإنه لا يتغذى منه الجسم إلا بنسبة ضئيلة فى حالة بقائه فى جوفه مدة طويلة ولا تقاس بجانب مايتعاطاه بفمه كيفاً وكماً . أما إذا نزل منه فى الحال فإنه لا يعود عليه منه ما يغذيه

قال المصنف رحمه الله تعالى :

﴿ فصل ﴾ وإن جبن اللبن وأطعم الصبى حرم لأنه يحصل به ما يحصل باللبن من إنبات اللحم وانتشار العظم

(فصل) فإن خالط اللبن بمائع أو جامد وأطعم الصبى حرم . وحكى عن المزنى أنه قال إن كان اللبن غالبا حرم ، وإن كان مغلوبا لم يحرم لأن مع غلبة المخالطة يزول الاسم ، والمعنى الذى يراد به ، وهذا خطأ لأن ما تعلق به التحريم إذا كان غالباً تعلق به إذا كان مغلوباً كالنجاسة فى الماء القليل

(فصل) فإن شرب لبن امرأة ميتة لم يحرم لأنه معنى يوجب تحريما مؤبداً فبطل بالموت كالوطء .

(فصل) ولا يثبت التحريم بلبن البهيمة ، فإن شرب طفلان من لبن شاة لم يثبت بينهما حرمة الرضاع لأن التحريم بالشرع ولم يرد الشرع إلا فى لبن الآدمية والبهيمة دون الآدمية فى الحرمة ولبنها دون لبن الآدمية فى إصلاح البدن فلم يلحق به فى التحريم ، ولأن الأخوة فرع على الأمومة ، فإذا لم يثبت بهذا الرضاع أمومة فلأن لا يثبت به الأخوة أولى ولا يثبت التحريم بلبن الرجل .

وقال الكرابيسى : يثبت كما ثبت بلبن المرأة ، وهذا خطأ لأن لبنه لم يجعل غذاء للمولود فلم يثبت به التحريم كلبن البهيمة .

وإن ثار للخنثى لبن فارتضع منه صبى — فإن علم أنه رجل — لم يحرم ، وإن علم أنه امرأة حرم ، فإن أشكل فقد قال أبو اسحاق : إن قال النساء إن هذا اللبن لا يكون على غزارته إلا لامرأة حكم بأنه امرأة وأن لبنه يحرم .

ومن أصحابنا من قال : لا يجعل اللبن دليلا لأنه قد يثور اللبن للرجل ، فعلى هذا يوقف أمر من يرضع بلبنه كما يوقف أمره .

(فصل) فإن ثار للبكر لبن أو لثيب لا زوج لها فأرضعت به طفلا ثبت بينهما حرمة الرضاع لأن لبن النساء غذاء للأطفال ، فإن ثار لبن للمرأة على ولد من الزنا فأرضعت به طفلا ثبت بينهما حرمة الرضاع ، لأن الرضاع تابع للنسب ثم النسب يثبت بينه وبينها ، ولا يثبت بينه وبين الزانى ، فكذلك حرمة الرضاع

(الشرح) إذا عمل اللبن جبنا ثم أطعمه الصبي ثبت التحريم به ، وبهذا قال أحمد . وقال أبو حنيفة لا يحرم به لزوال الاسم ، وكذلك على الرواية لأحمد القائلة بعدم ثبوت التحريم بالوجور لا يثبت هنا بطريق الأولى ، دليلنا أنه واصل من الحلق ، ويحصل به إنبات اللحم وانشاز العظم ، فحصل به التحريم كما لو شربه .

(فرع) اذا شيب اللبن بغيره فحكمه حكم المحض الخالص الذى لا يخالطه سواه ، وبهذا قال الخرقى من الحنابلة ، وقال أبو بكر قياس قول أحمد أنه لا يحرم لأنه وجور ، وحكى المصنف عن المزنى : ان كان الغالب اللبن حرم والا فلا ، وهو قول أبى ثور وابن حامد ، لأن الحكم للأغلب ، ولأنه يزول بذلك الاسم والمعنى المراد به ، ونحو هذا قول أصحاب الرأى وزادوا فقالوا : ان كانت النار قد مست اللبن حتى أنضجت الطعام أو حتى تغير فليس برضاع ، وهذا خطأ لأن اللبن متى كان ظاهراً فقد حصل شربه ، ويحصل منه انبات اللحم وانشاز العظم فحرم كما لو كان غالبا

وقال ابن قدامة : ان صب فى ماء كثير لم يتغير به — يعنى الماء — لم يثبت به التحريم ، لأن هذا ليس بلبن مشوب ، ولا يحصل به التغذى ولا انبات اللحم ولا انشاز العظم ، وهذا خطأ لأن ما تعلق به التحريم ان كان غالبا تعلق به ان كان مغلوبا ، ولأنه لو وضع قليل من الخمر فى الماء ولو لم يغيره حرم شربه ، الا اذا استبحر وتلاشى أثر الخمر . ولأن أجزاء اللبن حصلت فى بطنه فأشبه ما لو كان لونه ظاهراً

(فرع) إذا شرب لبن امرأة ميتة فإنه لا تنشر الحرمة ، وبهذا قال الخلال . لأنه لبن ممن ليس بمحل للولادة ، فلم يتعلق به التحريم كلبن الرجل ، والمنصوص عن أحمد فى رواية ابراهيم الحربى أنه ينشر الحرمة ، وهو قول أبى ثور والأوزاعى وابن القاسم وأصحاب الرأى وابن المنذر ، وتوقف عنه أحمد فى رواية مهنا . ولو حلبت المرأة لبنها فى وعاء ثم ماتت فشربه صبى نشر الحرمة فى قول كل من جعل الوجور محرماً ، وبه قال أحمد فى إحدى الروايتين وأبو ثور وأصحاب الرأى وغيرهم وذلك لأنه لبن امرأة فى حياتها فأشبه مالو شربه فى الحياة

(فرع) ولا تنتشر الحرمة بغير لبن الآدمية بحال ، فلو ارتضع اثنان من لبن بهيمة لم يصيرا أخوين فى قول عامة أهل العلم ، منهم أحمد وابن القاسم وأبو ثور وأصحاب الرأى ، ولو ارتضعا من رجل لم يصيرا أخوين ، ولم تنتشر الحرمة بينه وبينهما فى قول عامتهم .

وقال الكرابيسى يتعلق به التحريم لأنه لبن آدمى أشبه لبن الآدمية . وحكى عن بعض السلف أنهما لو ارتضعا من لبن بهيمة صارا أخوين ، وليس بصحيح ، لأن هذا لا يتعلق به تحريم الأمومة ، فلا يثبت به تحريم الأخوة ، لأن الاخوة فرع على الامومة ، وكذلك لا يتعلق به تحريم الأبوة لذلك ، ولأن هذا اللبن لم يخلق لغذاء المولود فلم يتعلق به التحريم كسائر الطعام ، فإن ثار لخنثى مشكل لبن لم يثبت به التحريم ، لأنه لم يثبت كونه امرأة فلا يثبت التحريم مع الشك . وقال ابن حامد: يقف الامر حتى يثبت التحريم بانكشاف أمر الخنثى كونه رجلا وقال أبو إسحاق المروزى: ان قال النساء إن هذا اللبن لا يكون على غزارته إلا لامرأة حكم بأنه امرأة وأن لبنه يحرم

وقال بعض أصحابنا : ليس اللبن دليلا على الرجولة والأنوثة ، لأنه قد يثور للرجال لبن تتوفر فيه غزارة لبن المرأة وعناصره التى يتكون منها ، وعلى ذلك نقول بقول ابن حامد وهو ماذهب اليه المصنف هنا

(فرع) إذا ثار لامرأة ثيباً كانت أو بكراً لبن من غير وطء فأرضعت به طفلا نشر الحرمة ، وهو قول ابن حامد ومالك وأظهر الروايتين عن أحمد، وهو مذهب الثورى وأبى ثور وأصحاب الرأى وكل من يحفظ عنه ابن المنذر ، لقول

الله تعالى « وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم » ولأنه لبن امرأة فتعلق به التحريم ، كما لو ثار بوطء ، ولأن ألبان النساء خلقت لغذاء الأطفال ، فإن كان هذا نادراً فجنسه معتاد .

(مسألة) يشترط فى نشر الحرمة بين المرتضع وبين الرجل الذى ثار اللبن بوطئه أن يكون لبن حمل ينتسب الى الواطىء ، إما لكون الوطء فى نكاح أو ملك يمين أو نكاح شبهة . فأما لبن الزانى أو النافى للولد باللعان فلا ينشر الحرمة بينهما . هذا هو مذهبنا وبه قال أبو عبد الله بن حامد والخرقى من أصحاب أحمد ، وقال أبو بكر بن عبد العزيز منهم : تنتشر الحرمة بين المرتضع وبين الزانى أو النافى باللعان لانه معنى ينشر الحرمـــة ، فاستوى فى ذلك مباحه ومحظوره كالوطء . يحققه أن الواطىء حصل منه لبن وولد ثم ان الولد ينشر الحرمة بينه وبين الواطىء كذلك اللبن ، ولانه رضاع ينشر الحرمة إلى المرضعة بالاتفاق فنشرها الى الواطىء كصورة الإجماع .

دليلنا أن التحريم بينهما فرع لحرمة الابوة ، فلما لم تثبت حرمة الابوة لم يثبت ما هو فرع لها .

فأما المرضعة فإن الطفل المرتضع محرم عليها ومنسوب اليها عند الجميع ، وكذلك يحرم جميع أولادها وأقاربها الذين يحرمون على أولادها على هـــذا المرتضع كما فى الرضاع باللبن المباح

قال المصنف رحمه الله تعالى

﴿ فصل ﴾ اذا ثار لها لبن على ولد من زوج فطلقها وتزوجت بآخر ، فاللبن للأول الى أن تحبل من الثانى ، وينتهى الى حال ينزل اللبن على الحبـــل ، فإن أرضعت طفلا كان ابنا للأول زاد اللبن أو لم يزد انقطع ثم عاد أو لم ينقطع ، لانه لم يوجد سبب يوجب حدوث اللبن غير الاول ، فإن بلغ الحمل من الثانى الى حال ينزل فيه اللبن نظ ت — فان لم يزد اللبن — فهو للأول ، فان أرضعت به طفلا كان ولداً للأول ، لانه لم يتغير اللبن ؛ فان زاد فارتضع به طفل ففيه قولان

قال فى القديم هو ابنهما لأن الظاهر أن الزيادة لأجل الحبل، والمرضع به لبنهما فكان ابنهما .

وقال فى الجديد هو ابن الاول ، لأن اللبن للأول يقين ، ويجوز أن تكون الزيادة لفضل الغذاء ، ويجوز أن تكون للحمل ، فلا يزال اليقين بالشك ، فإن انقطع اللبن ثم عاد فى الوقت الذى ينزل اللبن على الحبل فأرضعت به طفلا ففيه ثلاثة أقوال (أحدها) أنه ابن الأول ، لأن اللبن خلق غذاء للولد دون الحمل ، والولد للأول فكان المرضع به ابنه .

(والثانى) أنه من الثانى ، لأن لبن الاول انقطع فالظاهر أنه حدث للحمل والحمل للثانى فكان المرضع باللبن ابنه

(والثالث) أنه ابنهما ، لأن لكل واحد منهما أمارة تدل على أن اللبن له ، فجعل المرضع باللبن ابنهما ، فإن وضعت الحمل وأرضعت طفلا كان إبناً للثانى فى الاحوال كلها ، زاد اللبن أو لم يزد ، اتصل أو انقطع ثم عاد ، لأن حاجة المولود إلى اللبن تمنع أن يكون اللبن لغيره

(الشرح) إذا ثار لبن منها على ولد من زوج طلقها فتزوجت آخر لم يخل من خمسة أحوال :

١ — أن يبقى لبن الاول بحاله لم يزد ولم ينقص ولم تلد من الثانى فهو للأول سواء حملت من الثانى أو لم تحمل ، لا نعلم فيه خلافا ، لأن اللبن كان للأول ولم يتجدد ما يجعله من الثانى فبقى للأول

٢ — أن لا تحمل من الثانى فهو للأول ، سواء زاد أو لم يزد ، أو انقطع ثم عاد أو لم ينقطع .

٣ — أن تلد من الثانى فاللبن له خاصة . قال ابن المنذر : أجمع على هذا كل من نحفظ عنه ، وهو قول أبى حنيفة وأحمد ، سواء زاد أو لم يزد ، انقطع أو اتصل ، لأن لبن الاول ينقطع بالولادة من الثانى ، فإن حاجة المولود إلى اللبن تمنع كونه لغيره .

٤ — إذا انتهى الحمل إلى حال ينزل به اللبن فزاد به ففيه قولان ، أحدهما قوله

فى القديم هو لهما وتنتشر الحرمة بينه وبينهما ، لأن زيادته عند حدوث الحمل ظاهر فى أنها منه ، وبقاء لبن الأول يقتضى كون أصله منه فيجب أن يضاف اليهما ، وبهذا قال الحنابلة ، الثانى هو للأول لان اللبن له بيقين، ويجوز أن تكون الزيادة بسبب التغذية أو استدرار الطفل للثدى فينشط الثدى نتيجة الإحساس بالامومة لدى المرضعة فيثور لبنها لأسباب نفسية من الرحمة يقذفها الله فى قلب المرأة ، وقد حدث لى وأنا رضيع فقد ماتت الام بعد ولادتى بستة أشهر وكانت جدتى لأبى تبلغ من العمر زهاء الثمانين عاماً فثار اللبن فى ثدييها رحمة بى واشفاقا علىّ من الهلاك ؛ وهذا من الاسباب التى هيأها الله لى أن أعيش وقد حرمت علىّ بنات أعمامى وبنات عماتى ، وظل اللبن فى ثدييها إلى أن أدركتها المنية على رأس المائة ، وإنما يخلق الله اللبن للولد عند وجوده سداً لحاجته وحفظاً لحياته ، وقال أبو حنيفة هو للأول ما لم تلد من الثانى

ه - انقطع اللبن من الاول ثم ثاب بالحمل من الثانى ففيه ثلاثه أقوال (أحدها) أنه ابن الاول وهو قول أبى حنيفة ، لأن الحمل لا يقتضى اللبن ، وانما يخلقه الله تعالى للولد عند وجوده لحاجته اليه ، وقد سبق عند الكلام على قوله فى الجديد (الثانى) أنه ابن الثانى ، وهو اختيار أبى الخطاب من الحنابله ، لأن لبن الاول انقطع فزال حكمه بانقطاعه وحدث بالحمل من الثانى ، فكان له كما لو لم يكن لها لبن من الاول (والثالث) أنه ابنهما ، وذلك لأن اللبن كان للأول فلما عاد بحدوث الحمل ، فالظاهر أن لبن الاول ثاب بسبب الحمل الثانى ، فكان مضافا اليهما كما لو لم ينقطع

قال المصنف رحمه الله تعالى :

{ فصل } وإن وطىء رجلان امرأة وطئاً يلحق به النسب فأتت بولد وأرضعت بلبنه طفلا ، كان الطفل إبناً لمن يلحقه نسب الولد ، لأن اللبن تابع للولد ، فإن مات الولد ولم يثبت نسبه بالقافة ولا بالانتساب الى أحدهما - فإن كان له ولد - قام مقامه فى الانتساب ، فإذا انتسب الى أحدهما صار المرضع ولد من انتسب اليه ، وإن لم يكن له ولد ففى المرضع بلبنه قولان

(أحدهما) أنه إبنهما ، لأن اللبن قد يكون من الوطء ، وقد يكون من الولد
(والقول الثانى) أنه لا يكون ابنهما ، لأن المرضع تابع للمناسب ولا يجوز أن يكون المناسب إبناً لإثنين ، فكذلك المرضع ، فعلى هذا هل يخير المرضع فى الانتساب إلى أحدهما ؟ فيه قولان

(أحدهما) لا يخير لأنه لا يعرض على القافة فلا يخير بالانتساب

(والثانى) يخير لأن الولد قد يأخذ الشبه بالرضاع فى الأخلاق ويميل طبعه إلى من ارتضع بلبنه . ولهذا روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « أنا أفصح العرب ولا فخر ، بيد أنى من قريش ونشأت فى بنى سعد وارتضعت فى بنى زهرة ولهذا يقال يحسن خلق الولد إذا حسن خلق المرضعة ، ويسوء خلقه إذا ساء خلقها فإذا قلنا إنه يخير فانتسب إلى أحدهما كان إبنه من الرضاعة ، فإذا قلنا لا يخير فهل له أن يتزوج بنتيهما ؟ فيه ثلاثة أوجه

(أحدها) وهو الأصح ، أنه لا يحل له نكاح بنت واحد منهما ، لأنا وإن جهلنا عين الأب منهما إلا أنا نتحقق أن بنت أحدهما أخته وبنت الآخر أجنبية فلم يجز له نكاح واحدة منهما ، كما لو اختلطت أخته بأجنبية

(والثانى) أنه يجوز أن يتزوج بنت من شاء منهما ، فإذا تزوجها حرمت عليه الأخرى ، لأن الأصل فى بنت كل واحد منهما الإباحة وهو يشك فى تحريمها ، واليقين لا يزال بالشك ، فإذا تزوج إحداهما تعينت الأخوة فى الأخرى فحرم نكاحها على التأبيد ، كما لو اشتبه ماء طاهر وماء نجس فتوضأ بأحدهما بالاجتهاد ، فإن النجاسة تتعين فى الآخر ، ولا يجوز أن يتوضأ به .

(والثالث) أنه يجوز أن يتزوج بنت كل واحد منهما ثم يطلقها ثم يتزوج الاخرى ، لأن الحظر لا يتعين فى واحدة منهما ، كما يجوز أن يصلى بالاجتهاد الى جهة ثم يصلى بالاجتهاد الى جهة أخرى ، ويحرم أن يجمع بينهما ، لان الحظر يتعين فى الجميع فصار كرجلين رأيا طائراً فقال أحدهما إن كان هذا الطائر غراباً فعبدى حر ، وقال الآخر إن لم يكن غراباً فعبدى حر ، فطار ولم يعلم أنه غراب ولا غيره ، فإنه لا يعتق على واحد منهما لانفراده بملك مشكوك فيه ، وإن اجتمع العبدان لواحد عتق أحدهما لاجتماعهما فى ملكه

(فصل) وإن أتت امرأته بولد ونفاه باللعان فأرضعت بلبنه طفلا كان الطفل إبنا للمرأة ولا يكون إبنا للزوج ، لان الطفل تابع للولد ، والولد ثابت النسب من المرأة دون الزوج فكذلك الطفل ، فإن أقر بالولد صار الطفل إبناً له لانه تابع للولد .

(فصل) وإن كان لرجل خمس أمهات أولاد فثار لهن منه لبن فارتضع صبي من كل واحدة منهن رضعة ففيه وجهان

(أحدهما) وهو قول أبي العباس بن سريج وأبي القاسم الانماطي وأبي بكر ابن الحداد المصري : إنه لا يصير المولى أباً للصبي لانه رضاع لم يثبت به الامومة فلم تثبت به الابوة

(والثاني) وهو قول أبي إسحاق وأبي العباس بن القاص : إنه يصير المولى أباً للصبي ، وهو الصحيح ، لانه ارتضع من لبنه خمس رضعات فصار إبناً له ، وإن كان لرجل خمس أخوات فارتضع طفل من كل واحده منهن رضعة فهل يصير خالا له ؟ على الوجهين

(الشرح) ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم رضع من ثويبة مولاة أبي لهب أرضعته أياماً وأرضعت معه أبا سلمة عبد الله بن عبد الاشد المخزومي بلبن ابنها مسروح وأرضعت معهما حمزة بن عبد المطلب - واختلف في اسلامهما - ثم أرضعته حليمة السعدية بلبن ابنها عبد الله أخي أنيسة وجذامة ، وهي الشيماء أولاد الحرث بن عبد العزى بن رفاعة السعدي ، واختلف في اسلام أبويه من الرضاعة ، وأرضعت معه ابن عمه أبا سفيان بن الحارث بن عبد المطلب ، وكان شديد العداوة لرسول الله صلى الله عليه وسلم ، ثم أسلم عام الفتح وحسن اسلامه وكان عمه مسترضعاً في بني سعد بن بكر ، فأرضعت أمه رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو عند أمه حليمة ، فكان حمزة رضيع رسول الله صلى الله عليه وسلم من وجهين ، من جهة ثويبة ومن جهة السعدية

أما حواضنه صلى الله عليه وسلم فإن أمه هي آمنة بنت وهب بن عبد مناف ابن زهرة بن كلاب . ومنهن ثويبة وحليمة والشيماء ابنتها — وهي أخته من

الرضاعة كانت تحضنه مع أمها ، وهى التى قدمت عليه فى وفد هوازن فبسط لها رداءه ، وأجلسها عليه رعاية لحقها .

أما بعد : فإن هـذه الفصول الثلاثة على وجهها الذى أوضحناه فى الفصول التى قبلها فليراجع .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وإن كان لرجل زوجة صغيرة فشربت من لبن أمه خمس رضعات انفسخ بينهما النكاح لأنها صارت أخته ، وإن كانت له زوجة كبيرة وزوجة صغيرة فأرضعت الكبيرة الصغيرة خمس رضعات انفسخ نكاحهما ، لأنه لا يجوز أن يكون عنده امرأة وابنتها ، فإن كان له زوجتان صغيرتان فجاءت امرأة فأرضعت إحداهما خمس رضعات ، ثم أرضعت الأخرى خمس رضعات ففيه قولان (أحدهما) ينفسخ نكاحهما ، وهو اختيار المزنى لأنهما صارتا أختين فانفسخ نكاحهما ، كما لو أرضعتهما فى وقت واحد (والثانى) أنه ينفسخ نكاح الثانية ، لأن سبب الفسخ حصل بالثانية فاختص نكاحها بالبطلان ، كما لو تزوج إحدى الأختين بعد الأخرى .

(فصل) ومن أفسد نكاح امرأة بالرضاع فالمنصوص أنه يلزمه نصف مهر المثل ونص فى الشاهدين بالطلاق إذا رجعا على قولين (أحدهما) يلزمهما مهر المثل (والثانى) يلزمهما نصف مهر المثل . واختلف أصحابنا فيه ، فنقل أبو سعيد الاصطخرى جوابه من إحدى المسئلتين الى الأخرى وجعلهما على قولين

(أحدهما) يجب مهر المثل لأنه أتلف البضع فوجب ضمان جميعه

(والثانى) يجب نصف مهر المثل لأنه لم يغرم للصغيره إلا نصف بدل البضع فلم يجب له أكثر من نصف بدله

وقال أبو اسحاق : يجب فى الرضاع نصف المهر وفى الشهادة يجب الجميع ، والفرق بينهما أن فى الرضاع وقعت الفرقة ظاهراً وباطناً وتلف البضع عليه . وقد رجع اليه بدل النصف فوجب له بدل النصف . وفى الشهادة لم يتلف البضع فى الحقيقة ، وإنما حيل بينه وبين ملكه فوجب ضمان جميعه ، والصحيح طريقة

أبي اسحاق وعليها التفريع . وإن كان لرجل زوجة صغيرة فجاء خمسة أنفس وأرضع كل واحد منهم الصغيرة من لبن أم الزوج أو أخته رضعة وجب على كل واحد منهم خمس نصف المهر لتساويهم فى الإتلاف ، وإن كانوا ثلاثة فأرضعها أحدهم رضعة وأرضعها كل واحد من الآخرين رضعتين ففيه وجهان

(أحدهما) أنه يجب على كل واحد منهم ثلث النصف ، لأن كل واحد منهم وجد منه سبب الإتلاف فتساووا فىالضمان ، كما لو طرح رجل فى خل قدر دانق من نجاسة ، وآخر قدر درهم

(والثانى) يقسط على عدد الرضعات فيجب على من أرضع رضعة الخمس من نصف المهر ، وعلى كل واحد من الآخرين الخمسان ، لأن الفسخ حصل بعدد الرضعات فيقسط الضمان عليه

(فصل) إذا ارتضعت الصغيرة من أم زوجها خمس رضعات والأم نائمة سقط مهرها لأن الفرقة قد حصلت بفعلها فسقط مهرها ولا يرجع الزوج عليها بمهر مثلها ولا بنصفه ، لأن الإتلاف من جهة العاقد قبل التسليم لا يوجب غير المسمى ، فإن ارتضعت من أم الزوج رضعتين والأم نائمه وأرضعتها الام تمام الخمس والزوجه نائمه ففيه وجهان

(أحدهما) أنه يسقط من نصف المسمى نصفه وهو الربع ، ويجب الربع .

(والثانى) يقسط على عدد الرضعات فيسقط من نصف المسمى خمسان ويجب ثلاثة أخماسه ووجههما ما ذكرناه فى المسئلة قبلها وبالله التوفيق

(الشرح) إذا تزوج الرجل صغيرة فأرضعتها أمه أو أخته أو امرأة ينفسخ النكاح برضاعها خمس رضعات متفرقات ، فإن كان قد سمى لها صداقاً فاسداً وجب لها نصف مهر المثل ، وإن سمى لها صداقاً صحيحا وجب لها نصف المسمى ويرجع الزوج على المرضعة بضمان ما أتلفته من البضع ، سواء تعمدت فسخ النكاح أو لم تتعمد . وقال مالك لا يرجع عليها بشىء

وقال أبو حنيفه : ان تعمدت فسخ النكاح رجع عليها ، وان لم تتعمد فسخ النكاح لم يرجع عليها .

دليلنا قوله تعالى « وإن فاتكم شيء من أزواجكم إلى الكفار فعاقبتم فآتوا الذين ذهبت أزواجهم مثل ما أنفقوا » وذلك أن النبي صلى الله عليه صالح قريشاً عام الحديبية على أن المرأة المسلمة إذا هاجرت ردها زوجها إليهم فنهاه الله عن ذلك وأمره برد مهورهن إلى أزواجهن لأنه حال بينهن وبين أزواجهن . فدل على أن كل من حال بين الرجل وبين زوجته كان عليه ضمان البضع ، وهذه المرضعة قد حالت بينها وبين زوجها فكان عليها الضمان . وعند أبي حنيفة أن كل ما ضمن بالعمد ضمن بالخطأ كالأموال .

إذا ثبت هذا فحكم القدر الذي يرجع به على المرضعة نص الشافعي ههنا أنه يرجع عليها بنصف مهر المثل ، ونص في الشاهدين إذا شهدا على رجل أنه طلق امرأته قبل الدخول وحكم بشهادتهما ثم رجعا عن الشهادة فإنها لا ترد اليه ، وبماذا يرجع الزوج عليهما ؟ فيه قولان . أحدهما يرجع عليهما بنصف المثل . والثاني يرجع عليهما بجميع مهر المثل ، لأنها أتلفت عليه البضع فرجع عليهما بقيمته . (والثاني) يرجع عليهما بنصف مهر المثل ، لأنه لم يغرم إلا نصف بدل البضع فلم يجب له أكثر من نصف بدله ، وحملهما أبو اسحاق وأكثر أصحابنا على ظاهرهما فجعلوا في الشاهدين قولين ، وفي المرضعة للزوج يرجع عليها بنصف مهر المثل قولا واحداً ، لأن الفرقة في الرضاع وقعت ظاهراً وباطناً ، والذي غرم الزوج نصف المهر فلم يرجع عليها بأكثر من بدله . وفي الشاهدين لم تقع الفرقة ظاهراً وباطناً ، وإنما وقعت في الظاهر وهما يقران أنها زوجته الآن ، وإنما حالا بينه وبينها فرجع عليهما بقيمة جميع البضع . وقال أبو حنيفة : يرجع على المرضعة بنصف المسمى .

دليلنا أن هذا تعلق بالإتلاف فلم يضمن بالمسمى ، وإنما ضمن بقيمته كضمان الاموال ، فإذا قلنا يرجع عليها بنصف مهر المثل - وهو الاصح وعليه التفريع - فجاء خمسة أنفس وأرضعوا الصغيرة من أم الزوج كل واحد منهم رضعة ، فإن الزوج يرجع على كل واحد منهم بخمس نصف مهر المثل ليساويهم في الإتلاف . وإن كانوا ثلاثة فأرضعها إثنان كل واحد منهما رضعة من لبن أم الزوج وأرضعها الثالث منها ثلاث رضعات ففيه وجهان :

(أحدهما) يجب على كل واحد منهم ثلث نصف مهر المثل ، لأن كل واحد منهم وجد منه سبب الإتلاف فتساووا فى الضمان ، كما لو كان عبد بين ثلاثة لأحدهم النصف ولآخر السدس وللثالث الثلث ، فأعتق صاحب النصف وصاحب السدس نصيبهما فى وقت واحد .

(والثانى) يقسط النصف على عدد الرضعات فيجب على من أرضع رضعة خمس نصف مهر المثل ، وعلى من أرضع ثلاث رضعات ثلاثة أخماس نصف مهر المثل ، لأن الفسخ حصل بعدد الرضعات فقسط الضمان عليهن

(فرع) وإن كان للرجل ثلاث زوجات كبيرة ، وللكبيرة ثلاث بنات من النسب أو الرضاع لهن لبن ، فأرضعت كل واحدة من بنات الزوجة الكبيرة واحدة من الثلاث الزوجات الصغار نظرت — فإن وقع رضاعهن دفعة واحدة بأن اتفقن فى الخامسة — انفسخ نكاح الكبيرة والصغار ، لأنه لا يجوز الجمع بينهن وبين جدتهن ، وإن كان الزوج لم يدخل بالكبيرة فإنهن يرجعن عليه بنصف المسمى ، ويرجع الزوج على كل واحدة من بنات الكبيرة بنصف مهر الصغيرة التى أرضعت ، ويرجع على الثلاث المرضعات بنصف مهر الكبيرة بينهن أثلاثاً . ومن أصحابنا من قال : يرجع بنصف مهر كل واحدة من الصغار على الثلاث المرضعات بينهن بالسوية كنصف مهر الكبيرة ، لأنهن اشتركن فى إفساد نكاح كل واحدة منهن ، والاول أصح . وتحرم عليه الكبيرة على التأبيد . وأما الصغار فلا يحرمن عليه بل يجوز له ابتداء عقد النكاح على كل واحدة منهن ، ويجوز له الجمع بينهن لأنهن بنات خالات ، وإن كان قد دخل بالكبيرة حرمن جميعاً على التأبيد ، والكلام فى مهور الصغار ما مضى .

وأما مهر الكبيرة فإنه يرجع على الثلاث المرضعات بينهن أثلاثاً

وقال ابن الحداد : لا يرجع عليهن بمهر المثل لأنه قد وطئها ، فلو ثبت له الرجوع لكانت فى معنى المرهونة ، وهذا ليس بصحيح ، لأن المهر يرجع به على غيرها فلا تكون فى معنى المرهونة

وإن تقدم إرضاع بعضهن على بعض فإن الأولة من بنات الكبيرة لما أرضعت واحدة من الصغار انفسخ نكاح الصغيرة والكبيرة ورجع الزوج على المرضعة

بنصف مهر مثل الصغيرة وبنصف مهر الكبيرة إن لم يدخل بها ، وبجميع مهرها إن دخل بها على الاصح وحرمت الكبيرة على التأبيد ، فلما أرضعت الثانية الصغيرة وأرضعت الثالثة الصغيرة الثالثة ، فإن كان الزوج قد دخل بالكبيرة انفسخ نكاحهما لأنهما بنتا ابنة امرأته المدخول بها والكلام فى مهرهما على ما مضى ، وإن كان لم يدخل بالكبيرة لم ينفسخ نكاحهما لأنهما بنتا ابنة امرأته التى لم يدخل بها .

(فرع) إذا كان له ثلاث زوجات كبيرتان وصغيرة فأرضعتها كل واحدة من الكبيرتين أربع رضعات ثم حلبت كل واحدة منهما لبناً منها وخلطتاه وسقتاه الصغيرة معاً انفسخ نكاح الكبيرتين والصغيرة وعلى الزوج للصغيرة نصف المسمى وللزوج على الكبيرتين نصف مهر مثل الصغيرة بينهما نصفين .

وأما مهر الكبيرتين فإن كان قد دخل بهما فلهما عليه المهر المسمى ويرجع الزوج على كل واحدة منهما بنصف مهر مثل صاحبتها ، لأن كل واحدة منهما أتلفت نصف بضع صاحبتها ونكاح كل واحدة منهما انفسخ بفعل نفسها وفعل صاحبتها فلا تضمن كل واحدة منهما من مهر صاحبتها إلا ما قابل فعلها ، وإن كان لم يدخل بهما فلكل واحدة منهما ربع مهرها المسمى على الزوج ، لأنه لو لم يكن من جهتها سبب فى فسخ النكاح لاستحقت نصف مهرها المسمى . ولو انفسخ نكاحها بفعلها سقط جميع مهرها ، فإذا انفسخ نكاحها قبل الدخول لا مهر لها ، وما قابل فعل صاحبتها لا يسقط ، ويرجع الزوج على كل واحدة منهما بربع مهر مثل صاحبتها لأنه قيمة ما أتلفته من بضع صاحبتها .

قال الشيخ أبو حامد : فإن كانت بحالها إلا أن إحداهما انفرد بإيجارها اللبن المخلوط منهما انفسخ نكاح الجميع وللصغيرة على الزوج نصف المسمى ، ويرجع الزوج على الموجرة بنصف مهر الصغيرة لأنها هى انفردت بالإتلاف

وأما مهر الكبيرتين — فإن كان الزوج لم يدخل بالتى لم توجر — كان لها على الزوج نصف المسمى ويرجع الزوج على الموجرة بنصف مهر مثل التى لم توجر ، وإن كان قد دخل بالتى لم توجر فلها على الزوج جميع ما سمى لها ويرجع الزوج على الموجرة بجميع مهر مثل التى لم توجر

وأما مهر الموجرة — فإن كان ذلك قبل الدخول بها — فلا شيء لها .

وإن كان بعد الدخول فلها عليه جميع المسمى ولا يسقط عنه شيء منه ، وتحرم الكبيرتان عليه على التأبيد بكل حال .

وأما الصغيرة — فإن دخل بالكبيرتين أو بإحداهما حرمت عليه على التأبيد وإن لم يدخل بواحدة منهما جاز له ابتداء العقد على الصغيرة .

(فرع) وإن تزوج صغيرة فارتضعت من أم الزوج خمس رضعات متفرقات والأم نائمة انفسخ نكاحها وسقط مهرها ، لأن الفسخ جاء من قبلها قبل الدخول فإن ارتضعت من الأم رضعتين وهي نائمة ، ثم أرضعتها الأم ثلاث رضعات متفرقات انفسخ نكاحها .

قال الشيخ أبو إسحاق : وفي قدر ما يسقط عنه من نصف المسمى وجهان (أحدهما) يسقط نصفه وهو الربع ويجب عليه الربع (والثاني) يقسط على عدد الرضعات فيسقط من نصف المسمى الخمسان ويجب ثلاثة أخماسه ، فإذا قلنا بالأول وجب على الأم للزوج ربع مهر المثل ، وإذا قلنا بالثاني وجب على الأم ثلاثة أخماس نصف مهر المثل

وإن تقاطر من لبن أمه في حلق زوجته الصغيرة فوصل إلى جوفها خمس رضعات انفسخ نكاحها فوجب عليه للصغيرة نصف المسمى ولا يرجع الزوج على الأم بشيء لأنه ليس من جهة أحدهما فعل

(فرع) وإن ارتضعت زوجته الصغيرة من زوجته الكبيرة خمس رضعات متفرقات والكبيرة نائمة انفسخ نكاحهما وسقط مهر الصغيرة ، وإن كان لم يدخل بالكبيرة رجعت على الزوج بنصف مهرها المسمى ورجع الزوج في مال الصغيرة بجميع مهر مثل الكبيرة على قول أكثر أصحابنا ، ولا يرجع عليها بشيء على قول ابن الحداد .

(فرع) وإن كان له زوجة صغيرة وزوجة كبيرة وللكبيرة ابن من غير هذا الزوج له زوجة لها لبن من ابن الكبيرة فأرضعت به الصغيرة انفسخ نكاح الكبيرة والصغيرة ، لأن الكبيرة صارت جـــدة الصغيرة ، ولا يجوز الجمع بين المرأة وجدتها ، وتحرم الكبيرة على التأبيد ، وأما الصغيرة ـ فإن كان قد دخل بالكبيرة ـ حرمت عليه على التأبيد ، وإن لم يدخل بالكبيرة لم تحرم عليه على التأبيـد ،

ويجب على الزوج للصغيرة نصف المسمى ، ويرجع الزوج على زوجته الكبيرة بنصف مهر مثل الصغيرة . وأما الكبيرة فإن لم يدخل بها وجب لها نصف مهرها المسمى ويرجع على زوجة الإبن بنصف مهر مثل الكبيرة . وان دخل بالكبيرة رجعت الكبيرة بجميع مهرها المسمى، ويرجع الزوج على زوجة ابنها بجميع مهر مثل الكبيرة على قول أكثر أصحابنا ، ولا يرجع عليها بشيء ههنا على قول ابن الحداد والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

كتاب النفقات

(باب نفقة الزوجات)

إذا سلمت المرأة نفسها الى زوجها وتمكن من الاستمتاع بها ونقلها الى حيث يريد ، وهما من أهل الاستمتاع فى نكاح صحيح ، وجبت نفقتها ، لما روى جابر رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خطب الناس فقال « اتقوا الله فى النساء ، فإنكم أخذتموهن بأمانة الله ، واستحللتم فروجهن بكلمة الله ، ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف »

وإن امتنعت من تسليم نفسها أو مكنت من استمتاع دون استمتاع أو فى منزل دون منزل أو فى بلد دون بلد لم تجب النفقة لأنه لم يوجد التمكين التام فلم تجب النفقة كما لا يجب ثمن المبيع اذا امتنع البائع من تسليم المبيع ، أو سلم فى موضع دون موضع ، فإن عرضت عليه وبذلت له التمكين التام والنقل الى حيث يريد وهو حاضر ، وجبت عليه النفقة لأنه وجد التمكين التام .

وإن عرضت عليه وهو غائب لم يجب حتى يقدم هو أو وكيله ، أو يمضى زمان لو أراد المسير لكان يقدر على أخذها ، لأنه لا يوجد التمكين التام إلا بذلك وإن لم تسلم اليه ولم تعرض عليه حتى مضى على ذلك زمان لم تجب النفقة ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم تزوج عائشة رضى الله عنها ودخلت عليه بعد سنتين .

لم ينفق إلا من حين دخلت عليه ولم يلتزم نفقتها لما مضى ، ولأنه لم يوجد التمكين التام فيما مضى فلم يجب بدله ، كما لا يجب بدل ما كلف من المبيع فى يد البائع قبل التسليم .

﴿ فصل ﴾ وإن سلمت إلى الزوج أو عرضت عليه وهى صغيرة لا يجامع مثلها ففيه قولان: أحدهما تجب النفقة لأنها سلمت من غير منع. والثانى لا يجب وهو الصحيح لأنه لم يوجد التمكين التام من الاستمتاع ،

وإن كانت كبيرة والزوج صغير ففيه قولان : أحدهما لا تجب لأنه لم يوجد التمكين من الاستمتاع . والثانى تجب وهو الصحيح ، لأن التمكين وجد من جهتها وإنما تعذر الاستيفاء من جهته فوجبت النفقة ، كما لو سلمت الى الزوج وهو كبير فهرب منها ، وإن سلمت وهى مريضة أو رتقاء أو نحيفة لا يمكن وطؤها أو الزوج مريض أو مجبوب أو جسيم لا يقدر على الوطء وجبت النفقة لأنه وجد التمكين من الاستمتاع ، وما تعذر فهو بسبب لا تنسب فيه إلى التفريط

(الشرح) حديث جابر جزء من حديث جابر الطويل فى الحج ، وقد ورد بمعناه عن عمرو بن الاحوص عند أصحاب السنن كلهم « أنه شهد حجة الوداع مع النبى صلى الله عليه وسلم لحمد الله وأثنى عليه وذكر ووعظ ثم قال : استوصوا بالنساء خيراً فإنما هن عوان عندكم ليس تملكون منهن شيئاً غير ذلك ، إلا أن يأتين بفاحشة مبينة ، فإن فعلن فاهجروهن فى المضاجع واضربوهن ضرباً غير مبرح ، فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا ؛ إن لكم من نسائكم حقاً ولنسائكم عليكم حقاً ، فأما حقكم على نسائكم فلا يوطئن فرشكم من تكرهون ، ولا يأذن فى بيوتكم لمن تكرهون ألا وحقهن عليكم أن تحسنوا اليهن فى كسوتهن وطعامهن »

أما خبر عائشة فقد أخرجه أحمد والبخارى ومسلم بلفظ عن عائشة رضى الله عنها « أن النبى صلى الله عليه وسلم تزوجها وهى بنت ست سنين وأدخلت عليه وهى بنت تسع سنين ومكثت عنده تسعاً » وفى رواية لأحمد ومسلم « تزوجها وهى بنت سبع سنين وزفت اليه وهى بنت تسع سنين »

أما الاحكام فإن الاصل فى وجوب نفقة الزوجات من الكتاب قوله تعالى

« والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة ، وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف » والمولود له هو الزوج ، وانما نص على وجوب نفقة الزوجات حال الولادة ليدل على أن النفقة تجب لها حال اشتغالها عن الاستمتاع بالنفاس لئلا يتوهم متوهم أنه لا يجب لها

وقوله تعالى « فإن خفتم أن لا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم ذلك أدنى أن لا تعولوا »

قال الشافعي: معناه أن لا يكثر عيالكم ومن تمونونه . وقيل إن أكثر السلف قالوا معنى أن لا تعولوا أن لا تجوروا ، يقال عال يعولوا عولا إذا جار . وعال يعيل إذا كثر عياله إلا زيد بن أسلم فإنه قال . معناه أن لا يكثر عيالكم وقول النبي صلى الله عليه وسلم يشهد لذلك حيث قال « ابدأ بنفسك ثم بمن تعول » ويدل على نفقة الزوجات قوله تعالى « الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض ، وبما أنفقوا من أموالهم » وقوله تعالى « لينفق ذو سعة من سعته . ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله ، لا تكلف نفس إلا ما آتاها » ومعنى قوله تعالى « قدر عليه » أي ضيق عليه

ومن السنة ما رواه حكيم بن معاوية القشيري عن أبيه قال « قلت يارسول الله ما حق الزوجة؟ فقال أن تطعمها إذا طعمت وأن تكسوها اذا اكتسيت » أخرجه النسائي وابن ماجه وأبو داود وابن حبان والحاكم وصححاه ، وعلق البخاري طرفا منه وصححه الدارقطني في العلل . وما قيده المصنف هنا عن جابر ، وقد وردت أحاديث منها حديث أبي هريرة قال ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم تصدقوا قال رجل عندي دينار ، قال تصدق به على نفسك . قال عندي دينار آخر . قال تصدق به على زوجتك . قال عندي دينار آخر ، قال تصدق به على ولدك ، قال عندي دينار آخر . قال تصدق به على خادمك ؛ قال عندي دينار آخر ، قال أنت أبصر به » رواه أحمد والنسائي ، ورواه أبو داود بتقديم الولد على الزوجة . واحتج به أبو عبيد بتحديد الغنى بخمسة دنانير ذهباً ، تقوية بحديث ابن مسعود في الخمسين درهما .

إذا ثبت هذا فلا يخلو حال الزوجين من أربعة أقسام (١) أن يكونا بالغين (٢) أن يكون الزوج بالغاً والزوجة صغيرة (٣) أن يكون الزوج صغيراً والزوجة كبيرة (٤) أن يكونا صغيرين . فإن كانا بالغين وسلمت الزوجة نفسها إلى الزوج تسليما تاما بأن تقول : سلمت نفسى اليك وإن اخترت أن تصير إلىّ وتستمتع فذلك اليك . وان اخترت جئت اليك حيث شئت فعلت ، وجبت نفقتها لأن النفقة تجب فى مقابلة الاستمتاع فإذا وجد ذلك منها فقد وجد منها التمكين منه ، فوجب فى مقابلته كالبائع إذا سلم المبيع وجب على المشترى تسليم الثمن . فإن سلمت المرأة نفسها إلى الزوج وكان حاضراً فلم يتسلمها حتى مضت على ذلك مدة وجبت عليه نفقتها كالبائع اذا سلم المبيع وجب على المشترى تسليم الثمن . فإن سلمت المرأة نفسها الى الزوج وكان حاضراً فلم يتسلمها حتى مضت على ذلك مدة وجبت عليه نفقتها فى تلك المدة .

وقال أبو حنيفة : لا تجب نفقة المدة الماضية إلا أن يحكم لها الحاكم ، ولأنه مال يجب للزوجة بالزوجية فلم يفتقر استقراره إلى حكم الحاكم كالمهر .

وإن سلمت نفسها إلى الزوج تسليما غير تام بأن قالت سلمت نفسى فى هذا البيت دون غيره ، أو فى هذه القرية دون غيرها لم تجب لها النفقة ، لأنه لم يوجد التسليم التام ، فهو كما لو قال البائع : أسلم هذه السيارة فى هذا الموضع دون غيره . فإن عقد النكاح ولم تسلم المرأة نفسها ولا طالب الزوج بها وسكتا عن ذلك حتى مضى على ذلك سنة أو أكثر لم يجب لها النفقة ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم تزوج عائشة وهى بنت سبع ، ودخل بها وهى ابنة تسع ، ولم ينقل أنه أنفق عليها إلا من حين دخل بها

وإن عرض الولى الزوجة على الزوج بغير إذنها وهى بالغة عاقلة فلم يتسلمها الزوج ومضى على ذلك مدة لم تجب على الزوج النفقة لأنه لا ولاية له عليها فى المال . وإن غاب الزوج عن بلد الزوجة نظرت — فإن غاب عنها بعد أن سلمت نفسها اليه تسليما تاماً وامتنع من تسليمها فقد وجبت نفقتها بتسليمها نفسها فلم يسقط ذلك بغيبته . وان غاب عنها قبل ان تسلم نفسها اليه وأرادت تسليم نفسها اليه فإنها اذا أتت حاكم بلدها وقالت : أنا أسلم نفسى اليه وأخلى بينى وبينه ، فإن

حاكم بلدها يكتب الى حاكم البلد الذى فيه الزوج ويعرفه ذلك ، فإذا وصل الكتاب الى المكتوب اليه استدعى الزوج وعرض عليه الأمر ، فإن سار اليها وتسلمها أو وكل من يتسلمها ، فتسلمها الوكيل وجب عليه نفقتها من حين تسلمها هو أو وكيله . وان أمكنه السير فلم يسر ولا وكيله ، فإنه اذا مضت عليه مدة لو أراد المسير اليها أمكنه ذلك فإن الحاكم يفرض لها النفقة من حين مضى مدة السفر اليها لأنه قد كان يمكنه التسليم ، فإذا لم يفعل صار ممتنعاً من تسلمها فوجب عليه النفقة وان لم يمكنه المسير اليها أمكنه ذلك ، فإن الحاكم يفرض لها النفقة من حين مضى مدة السفر اليها لأنه قد كان يمكنه التسليم . فإذا لم يفعل صار ممتنعاً من تسلمها فوجبت عليه النفقة

وان لم يمكنه المسير لعدم الرفقة أو لخوف الطريق لم تجب عليه النفقة حتى يمكنه المسير لأنه غير ممتنع من تسلمها . وان كان الزوج بالغا والزوجة صغيرة نظرت — فإن كانت مراهقة تصلح للاستمتاع — فإن الذى يجب عليه تسليمها وليها . فإن سلمها الولى تسليما تاماً وجب على الزوج نفقتها . وان لم يكن لها ولى أو كان غائبا أو امتنع من تسليمها أو سكت عن تسليمها فسلمت نفسها الى الزوج وجبت النفقة على الزوج لأن التسليم قد حصل

وان كان ممن لا يصح تسليمه . كما لو اشترى سلعة بثمن وسلم الثمن وقبضها المشترى بغير اذن البائع أو أقبضه اياها غلام البائع فان القبض يصح

قال ابن الصباغ فى الشامل: وينبغى أن لا تجب النفقة الا بعد أن يسلمها . ولا يجب ببذلها لأن بذلها لا حكم له .

وان كانت صغيرة لا يتأتى جماعها ففيه قولان (أحدهما) يجب لها النفقة . لأن تعذر وطئها عليه ليس بفعلها فلم تسقط بذلك نفقتها . كما لو مرضت (الثانى) لا تجب لها النفقة . وبه قال مالك وأبو حنيفة واختاره المزنى . وهو الصحيح . لأن الاستمتاع متعذر عليه فلم تجب عليه النفقة . كما لو نشزت . وان كان الزوج طفلا صغيراً والزوجة كبيرة ففيه قولان

(أحدهما) لا تجب لها النفقة لأن النفقة انما تجب بالتمكين والتسليم . وانما

يصح ذلك اذا كان هناك متمكن ومتسلم ، والصبى لا يتمكن ولا يتسلم فلم تجب لها النفقة كما لو كان غائباً .

(والثانى) يجب لها النفقة إذا سلمت نفسها — وهو الأصح — لأن التمكين والتسليم التام قد وجد منها وإنما تعذر من جهته فوجبت نفقتها ، كما لو سلمت نفسها إلى البالغ ثم هرب . وأما إذا كانا صغيرين فسلمها الولى هل يجب لها النفقة فيه قولان ، وجههما ما ذكرناه فى التى قبلها إلا أن الأصح ههنا أنه لا يجب لها النفقة ، لأن الاستمتاع متعذر من جهتها

(فرع) إذا تسلم الزوج زوجته وهى مريضة أو تسلمها صحيحة فمرضت عنده أو تسلمها وهى رتقاء[1] أو قرناء[2] أو أصابها ذلك بعد أن تسلمها ، أو أصاب الزوج مرض أو جنون أو جسْم[3] وجبت عليه النفقة ، لأن الاستمتاع بها ممكن مع ذلك .

قال الشافعى رضى الله عنه . وإن كان فى جماعها شدة ضرر منع من جماعها وأجبر بنفقتها . وجملة ذلك أن الرجل إذا كان عظيم الخلق والزوجة نضوة الخلق وعليها فى جماعه ضرر يخاف منه الإفضاء أو المشقة الشديدة أو كان بفرجها جرح يضر بها وطؤه ، فإن وافقها الزوج على الضرر الذى يلحقها بوطئه لم يجز له وطؤها لقوله تعالى « وعاشروهن بالمعروف » ومن المعروف أن يمنع من وطئها فإن اختار طلاقها فطلقها فلا كلام ، وإن لم يختر طلاقها وجبت عليه نفقتها لأنها محبوسة عليه ، ويمكنه الاستمتاع بها بغير الوطء . وإن لم يصدقها الزوج بل ادعى أنه يمكنه جماعها ، فإن ادعت تعذر الوطء لعظم خلقته قال العمرانى فى البيان أمر الحاكم نساء ثقات يشاهدن ذلك بينهما حال الجماع من غير حائل .

---

(١) الرتقاء التى انسد فرجها حتى لا يستطاع جماعها

(٢) القرناء التى نبت لها لحم فى فرجها كالغدة الغليظة فى مدخل الذكر . وقد يكون عظما كالقرن

(٣) والجسم أن يستأصل ذكره أو لا يكون له ذكر وهو ضد الجسْم وهو كبير الذكر جداً . « المطيعى »

فإن قلن إنه يلحقها مشقة شديدة أو يخاف عليها من ذلك منع من وطئها .
وإن قلنا إنه لا يلحقها مشقة شديدة ولا يخاف عليها منه أمرت بتمكينه من الوطء . وإن ادعت تعذر الوطء بجراح فى فرجها أمر الحاكم نساء ثقات ينظرن الى فرجها لأن هذا موضع ضرورة فجوز النظر الى العورة

واختلف أصحابنا فى عدد النساء اللاتى ينظرن اليها حال الجماع ، أو ينظرن الجرح فى فرجها ، فقال أبو اسحاق يكفى واحدة لأن طريق ذلك الاخبار والمشقة تلحق بنظر الجماع منهن فجاز الاقتصار على واحدة

ومن أصحابنا من قال : لا يكفى أقل من أربع نسوة فى ذلك ، لأن هذه شهادة ينفرد بها النساء فلم يقبل فيه أقل من أربع كسائر الشهادات

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وان سلمت اليه ومكن من الاستمتاع بها فى نكاح فاسد لم تجب النفقة لأن التمكين لا يصح مع فساد النكاح ، ولا يستحق ما فى مقابلته

(فصل) وان انتقلت المرأة من منزل الزوج الى منزل آخر بغير اذنه أو سافرت بغير اذنه سقطت نفقتها ، حاضراً كان الزوج أو غائباً لأنها خرجت عن قبضته وطاعته فسقطت نفقتها كالناشزة . وان سافرت بإذنه فان كان معها وجبت النفقة لأنها ما خرجت عن قبضته ولا طاعته . وان لم يكن معها ففيه قولان ذكرناهما فى القسم .

(فصل) وان أحرمت بالحج بغير اذنه سقطت نفقتها لأنه ان كان تطوعا فقد منعت حق الزوج وهو واجب بما ليس بواجب ، وان كان واجبا فقد منعت حق الزوج وهو على الفور بما هو على التراخى ، وان أحرمت بإذنه فان خرجت معه لم تسقط نفقتها لأنها لم تخرج عن طاعته وقبضته ، وان خرجت وحدها فعلى القولين فى سفرها باذنه

(فصل) وان منعت نفسها باعتكاف تطوع أو نذر فى الذمة سقطت نفقتها لما ذكرناه فى الحج ، وان كان عن نذر معين أذن فيه الزوج لم تسقط نفقتها لأن الزوج أذن فيه وأسقط حقه فلا يسقط حقها ، وان كان عن نذر لم يأذن فيه :

فإن كان بعد عقد النكاح سقطت نفقتها لأنها منعت حق الزوج بعد وجوبه ، وإن كان بنذر قبل النكاح لم تسقط نفقتها ، لأن ما استحق قبل النكاح لا حق للزوج فى زمانه ، كما لو أجرت نفسها ثم تزوجت ، وإن اعتكفت بإذنه وهو معها لم تسقط نفقتها لأنها فى قبضته وطاعته وإن لم يكن معها فعلى القولين فى الحج .

(فصل) وإن منعت نفسها بالصوم فإن كان بتطوع ففيه وجهان (أحدهما) لا تسقط نفقتها لأنها فى قبضته (والثانى) وهو الصحيح انها تسقط لأنها منعت التمكين التام بما ليس بواجب فسقطت نفقتها كالناشزة ، وان منعت نفسها بصوم رمضان أو بقضائه وقد ضاق وقته لم تسقط نفقتها ، لأن ما استحق بالشرع لا حق للزوج فى زمانه . وإن منعت نفسها بصوم القضاء قبل أن يضيق وقته ، أو بصوم كفارة أو نذر فى الذمة ، سقطت نفقتها ، لأنها منعت حقه وهو على الفور بما هو ليس على الفور

وإن كان بنذر معين — فإن كان النذر بإذن الزوج — لم تسقط نفقتها لأنه لزمها برضاه ، وان كان بغير اذنه — فإن كان بنذر بعد النكاح — سقطت نفقتها وان كان بنذر قبل النكاح لم تسقط لما ذكرناه فى الاعتكاف

(فصل) وان منعت نفسها بالصلاة — فإن كانت بالصلوات الخمس أو السنن الراتبة — لم تسقط نفقتها لأن ما ترتب بالشرع لا حق للزوج فى زمانه ، وان كان بقضاء فوائت — فان قلنا إنها على الفور — لم تسقط نفقتها ، وان قلنا انها على التراخى سقطت نفقتها لما قلنا فى قضاء رمضان ، وان كانت بالصلوات المنذورة فعلى ما ذكرناه فى الاعتكاف والصوم .

(الشرح) وان سلمت المرأة نفسها الى الزوج ومكنته من الاستمتاع بها فى نكاح فاسد لم تجب لها النفقة ، لأن التمكين لا يصح مع فساد النكاح فلم تستحق ما فى مقابلته كما لا يستحق البائع الثمن فى بيع فاسد

(فرع) اذا انتقلت الزوجة من منزل الزوج الذى أسكنها فيه الى منزل غيره بغير اذنه وخرجت من البلد بغير اذنه فهى ناشزة وسقطت بذلك نفقتها ، وبه قال أهل العلم كافة الا الحكم بن عيينة فانه قال لا تسقط نفقتها ، كما لو لم تسلم نفسها

وان سافرت المرأه بغير أذن زوجها سقطت نفقتها لأنها منعت استمتاعه بالسفر . وان سافرت بإذنه نظرت ، فان سافر الزوج معها لم تسقط نفقتها لأنها فى قبضته وطاعته . وان سافرت وحدها ، فان كانت فى حاجة للزوج وجبت عليه نفقتها لأنها سافرت فى شغله ومراده .

وان سافرت بحاجة نفسها فقد قال الشافعى فى النفقات لها النفقة ، وقال فى النكاح لا نفقة لها ، واختلف أصحابنا فيها ، فقال أبو اسحاق : ليست على قولين وانما هى على اختلاف حالين ، فحيث قال لها النفقة أراد اذا كان الزوج معها ، وحيث قال لا نفقة لها ، أراد اذا لم يكن الزوج معها . ومنهم من قال فيه قولان

(أحدهما) لا نفقة لها . وبه قال أبو حنيفة وأحمد لأنها غير ممكنة من نفسها فلم تجب لها النفقة ، كما لو سافرت بغير اذنه

(والثانى) تجب لها النفقة لأنها سافرت باذنه فلم تسقط نفقتها ، كما لو سافرت فى حاجته .

(فرع) وان أحرمت بالحج أو العمرة بغير اذنه سقطت نفقتها لأنه ان كان تطوعا فقد منعت حق الزوج الواجب بالتطوع ، وان كان واجبا عليها فقد منعت حق الزوج وهو على الفور وحقها هى على التراخى . أفاده صاحب البيان . وان أحرمت باذنه وخرجت مع الزوج لم تسقط نفقتها لأنها فى قبضته ، وان أحرمت باذنه وخرجت وحدها ففيه طريقان مضى ذكرهما فى السفر

وان اعتكفت فلا يصح عندنا الا فى المسجد ، فان كان بغير اذن الزوج سقطت نفقتها لأنها ناشزة بالخروج إلى المسجد بغير اذنه ، وان كان باذن الزوج — فان كان الزوج معها فى المسجد — لم تسقط نفقتها لأنها فى قبضته وطاعته . وان لم يكن معها فى المسجد فعلى الطريقين فى السفر . قال أبو اسحاق لا نفقة لها قولا واحداً . ومن أصحابنا من قال فيه قولان

(فرع) فان صامت المرأة بغير اذن زوجها نظرت — فان كان تطوعا — فللزوج منعها منه وله اجبارها على الفطار بالأكل والجماع ، لقوله صلى الله عليه وسلم « لا تصوم المرأة التطوع وزوجها حاضر الا باذنه » فان امتنعت من الوطء ولكنها لم تفارق المنزل ففيه وجهان . قال أبو على بن أبى هريرة هى ناشزة

فتسقط نفقتها لأنها ممتنعة عليه ، فلا فرق بين أن تمتنع بالفراش أو بمفارقة المنزل وقال المصنف : لا تسقط نفقتها لأنها ما لم تفارق المنزل فهي غير ناشزة . وهذا قول الشيخ أبي حامد

ومن أصحابنا من قال : إذا منعته الوطء سقطت نفقتها وجهاً واحداً ، وإنما الوجهان إذا صامت ولم تمنعه الوطء . وان كان الصوم واجبا نظرت — فان كان صوم رمضان — فليس له منعها منه ولا تسقط نفقتها به لأنه مستحق بالشرع . وإن كان قضاء رمضان قال صاحب البيان: فإن لم يضق وقت قضائه فله منعها منه وإن دخلت فيه بغير إذنه كان كما لو دخلت في صوم التطوع بغير إذنه ، وان ضاق وقت قضائه — بأن لم يبق من شعبان إلا قدر أيام القضاء — لم يكن له منعها منه . وإن دخلت فيه بغير اذنه لم تسقط نفقتها بذلك ، لأنها لا يجوز لها تأخيره الى دخول رمضان فصار مستحقاً للصوم كأيام رمضان

وان كان الصوم عن كفارة كان للزوج منعها منه ، لأنه على التراخي وحق الزوج على الفور . وان كان الصوم نذراً — فإن كان في الذمة — كان له منعها منه لأنه على التراخي وحق الزوج على الفور . وان كان متعلقاً بزمان بعينه ، فان كان نذرته بإذن الزوج لم يكن له منعها منه لأن زمانه قد استحق عليها صومه باذن الزوج فان دخلت فيه بغير اذنه لم تسقط بذلك نفقتها . وان نذرته بغير اذن الزوج بعد النكاح كان للزوج منعها من الدخول فيه لأنها فرطت بايجابه على نفسها بغير اذنه وان نذرت الصوم في زمان بعينه قبل عقد النكاح لم يكن للزوج منعها من الدخول فيه . وان دخلت فيه بغير اذنه لم تسقط بذلك نفقتها ، لأن زمانه قد استحق صومه قبل عقـــد النكاح . وكل موضع قلنا للزوج منعها من الدخول فيه اذا دخلت فيه بغير اذن الزوج فهل تسقط نفقتها بذلك ؟ فيه وجهان كما مضى في الصوم التطوع .

(فرع) وان منعت نفسها بالصلوات الخمس في أوقاتها لم تسقط نفقتها بذلك لأن وقتها مستحق للصلاة وليس للزوج منعها من الدخول فيها في أول الوقت . لأنها قد وجبت في أول وقتها ، ولأنه يفوت عليها فضيلة أول الوقت . وأما قضـاء الفائتة — فان قلنا انها تجب على الفور — لم يكن للزوج منعها منها .

وان قلنا انها لا تجب على الفور كان للزوج منعهـــا من الدخول فيها . وأما الصلوات المنذورة فهي كالصوم المنذور على ما مضى . وأما صلاة التطوع ، فان كانت غير راتبة ، كان للزوج منعها منها ، لأن حق الزوج واجب فلا يسقط بما لا يجب عليها — فان دخلت فيها بغير اذن الزوج احتمل أن يكون فى سقوط نفقتها فى ذلك وجهان كما قلنا ذلك فى الصوم التطوع ، وان كانت سنة راتبة فقال الشيخ أبو اسحاق : لا تسقط نفقتها بها كما قلنا فى الصلوات الخمس

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان كان الزوجان كافرين وأسلمت المرأة بعد الدخول ولم يسلم الزوج لم تسقط نفقتها لأنه تعذر الاستمتاع بمعنى من جهته هو قادر على إزالته فلم تسقط نفقتها كالمسلم اذا غاب عن زوجته

وقال أبو على بن خيران : فيه قول آخر إنها تسقط لأنه امتنع الاستمتاع لمعنى من جهتها فسقطت نفقتها ، كما لو أحرمت المسلمة من غير اذن الزوج ، والصحيح هو الاول ، لأن الحج فرض موسع الوقت ، والاسلام فرض مضيق الوقت فلا تسقط النفقة كصوم رمضان

وإن أسلم الزوج بعد الدخول وهي مجوسية أو وثنية وتخلفت فى الشرك سقطت نفقتها لأنها منعت الاستمتاع بمعصية فسقطت نفقتها كالناشزة ، وان أسلمت قبل انقضاء العدة فهل تستحق النفقة للمدة التى تخلفت فى الشرك ؟ فيه قولان : أحدهما تستحق لأن بالاسلام زال ما تشعث من النكاح ، فصار كأن لم يكن . والقول الثانى أنها لا تستحق لأنه تعذر التمكين من الاستمتاع فيما مضى فلم تستحق النفقة كالناشزة اذا رجعت الى الطاعة

وان ارتد الزوج بعد الدخول لم تسقط نفقتها لأن امتناع الوطء بسبب من جهته وهو قادر على ازالته فلم تسقط النفقة ، وان ارتدت المرأة سقطت نفقتها لأنها منعت الاستمتاع بمعصية فسقطت نفقتها كالناشزة ، فان عادت الى الاسلام قبل انقضاء العدة فهل تجب نفقة ما مضى فى الردة ؟ فيه طريقان من أصحابنا من قال فيه قولان كالكافرة اذا تخلفت فى الشرك ثم أسلمت . ومنهم من قال

لا تجب قولاً واحداً ، والفرق بينها وبين الكافرة أن الكافرة لم يحدث من جهتها منع بل أقامت على دينها ، والمرتدة أحدثت منعاً بالردة فغلظ عليها . وإن ارتدت الزوجة وعادت إلى الاسلام والزوج غائب استحقت النفقة من حين عادت إلى الإسلام ، وإن نشزت الزوجة وعادت الى الطاعة والزوج غائب لم تستحق النفقة حتى يمضى زمان لو سافر فيه لقــدر على استمتاعها ، والفرق بينهما أن المرتدة سقطت نفقتها بالردة وقد زالت بالإسلام ، والناشزة سقطت نفقتها بالمنع من التمكين وذلك لا يزول بالعود الى الطاعة

(فصل) وإن كانت للزوجة أمة فسلمها المولى بالليل والنهار وجبت لها النفقة لوجود التمكين التام . وإن سلمها بالليل دون النهار ففيه وجهان . أحدهما وهو قول أبي على بن أبى هريرة أنه يجب لها نصف النفقة اعتباراً بما سلمت . والثانى وهو قول أبى اسحاق ، وظاهر المذهب أنه لا تجب لأنه لم يوجد التمكين التام . فلم يجب لها شيء من النفقة كالحرة إذا سلمت نفسها بالليل دون النهار . والله أعلم

(الشرح) اذا أسلمت الزوجة والزوج كافر – فان كان قبل الدخول – فلا نفقة لها لأن الفرقة وقعت بينهما ، وان كان بعد الدخول فان النكاح موقوف على اسلام الزوج فى عدتها ، ولها النفقة عليه مدة عدتها ، لأن تعذر الاستمتاع بمعنى من جهة الزوج وهو امتناعه من الاسلام ، ويمكنه تلافى ذلك فلم تسقط نفقتها كما لو غاب عن زوجته .

وحكى ابن خيران قولا آخر أن نفقتها تسقط لان الاستمتاع سقط بمعنى من جهتها فسقطت به نفقتها ، كما لو أحرمت بالحج بغير اذن الزوج ، والمشهور هو الأول ، لأن الحج فرض موسع الوقت ، والاسلام فرض مضيق الوقت فلم تسقط به نفقتها كصوم رمضان ، فان انقضت عدتها قبل أن يسلم الزوج بانت وسقطت نفقتها

(فرع) وان أسلم الزوج والزوجة وثنية أو مجوسية – فان كان قبل الدخول – وقعت الفرقة بينهما ولا نفقة لها ، وان كان بعد الدخول وقف النكاح على اســـلامها قبل انقضاء عدتها فلا نفقة لها مدة عدتها ما لم تسلم ، لأنها منعت

الاستمتاع بمعصية ، وهو اقامتها على الكفر ، فهى كالناشزة ؛ فان انقضت عدتها قبل أن تسلم فقد بانت باختلاف الدين ولا نفقة لها .

وان أسلمت قبل انقضاء عدتها وجبت لها النفقة من حين أسلمت لأنهما قد اجتمعا على الزوجية ، وهل تجب لها النفقة لما مضى من عدتها فى الكفر ؟ فيه قولان . قال فى القديم : تجب لها النفقة لأن اسلام الزوج شعّث النكاح ؛ فاذا أسلمت قبل انقضاء عدتها زال ذلك التشعث فصار كما لو لم يتشعث . وقال فى الجديد : لا تجب لها النفقة لما مضى من عدتها وهو الأصح ، لأن اقامتها على الكفر كنشوزها ، ومعلوم أنها لو نشزت وأقامت مدة فى النشوز ثم عادت الى طاعته لم تجب نفقتها مدة اقامتها فى النشوز فكذلك هذا مثله

(فرع) وان كان الزوجان مسلمين فارتد الزوج بعد الدخول وجبت عليه نفقتها مدة عدتها ، لأن امتناع الاستمتاع بمعنى من جهة الزوج فلم تسقط نفقتها بذلك كما لو غاب . وان ارتدت الزوجة بعد الدخول فأمر النكاح موقوف على اسلامها قبل انقضاء عدتها ولا تجب لها النفقة مدة عدتها لأنها منعت الاستمتاع بمعصية من جهتها فهو كما لو نشزت ، فان انقضت عدتها قبل أن تسلم فلا كلام . وان أسلمت قبل انقضاء عدتها وجبت نفقتها من حين أسلمت لأنهما قد اجتمعا على الزوجية . وهل تجب لها النفقة لما مضى من عدتها قبل الاسلام ؟ من أصحابنا من قال فيه قولان ، كما قلنا فى المشركة اذا تخلفت عن الاسلام ثم أسلمت قبل انقضاء عدتها .

ومنهم من قال لا تجب لها النفقة قولا واحداً ، لأن فى التى قبلها دخلا على الكفر ، وانما الزوج شعث النكاح باسلامه ، وههنا دخلا على الاسلام ، وانما شعثت هى النكاح بردتها فغلظ عليها .

وان ارتدت الزوجة والزوج غائب ، أو غاب بعد ردتها فرجعت الى الاسلام والزوج غائب وجبت لها النفقة من حين رجعت الى الاسلام ، وكذلك لو أسلم الزوج والزوجة وثنية أو مجوسية وتخلفت فى الشرك وكان الزوج غائبا فأسلمت قبل انقضاء عدتها وجبت لها النفقة من حين أسلمت

ولو نشزت الزوجة من منزلها والزوج غائب أو غاب بعد نشوزها فعادت

إلى منزلها لم تجب نفقتها حتى يكون الزوج حاضراً فيتسلمها أو تجيء إلى الحاكم وتقول : أنا أعود إلى طاعته ، ثم يكتب الحاكم إلى حاكم البلد الذى فيه الزوج فيستدعيه المكتوب اليه ويقول له : إما أن تسير اليها لتتسلمها أو توكل من يتسلمها فإن لم يسر ولم يوكل مع قدرته على ذلك ومضى زمان يمكنه الوصول اليها وجبت النفقة لها من حينئذ ، والفرق بينهما أن نفقتها سقطت عنه بالنشوز لخروجها عن قبضته فلا يرجع إلى نفقتها إلا برجوعها الى قبضته ، وكذلك لا يحصل إلا بتسليمه لها أو بتمكينه من ذلك ؛ وليس كذلك المرتدة والمشركة ، فإن نفقتها انما سقطت بالردة أو بالإقامة على الشرك ، فاذا أسلمت زال المعنى الذى أوجب سقوطها فزال سقوطها .

(فرع) وان دفع الوثنى الى امرأته الوثنية أو المجوسى الى امرأته المجوسية نفقة شهر بعد الدخول ثم أسلم الزوج ولم تسلم هى حتى انقضت عدتها وأراد الرجوع فيما دفع اليها من النفقة نظرت ، فإن دفعه اليها مطلقاً ، قال الشافعى : لم يرجع عليها بشيء ، لأن الظاهر أنه تطوع بدفعها اليها

وان قال هذه نفقة مدة مستقبلة كان له الرجوع فيها لأنه بان أنها لا تستحق عليه نفقة .

قال ابن الصباغ فى الشامل : وهذا يقتضى أن الهبة لا تفتقر الى لفظ الإيجاب والقبول ، لأنه جعله تطوعا مع الإطلاق . قال فان قيل : يحتمل أن يريد أنه إباحة فليس بصحيح ، لأنه لو كان اباحة بشرط أن يكون قد أتلفته حتى يسقط حقه منها ، والله تعالى أعلم بالصواب

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب قدر[1] نفقة الزوجات

إذا كان الزوج موسراً ، وهو الذى يقدر على النفقة بماله أو كسبه ، لزمه فى كل يوم مدان ، وإن كان معسراً وهو الذى لا يقدر على النفقة بمال ولا كسب لزمه فى كل يوم مد لقوله عز وجل « لينفق ذو سعة من سعته ، ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله» ففرق بين الموسر والمعسر، وأوجب على كل واحد منهما على قدر حاله ولم يبين المقدار ، فوجب تقديره بالاجتهاد ، وأشبه ما تقاس عليه النفقة الطعام فى الكفارة ، لأنه طعام يجب بالشرع لسد الجوعة ، وأكثر ما يجب فى الكفارة للمسكين مدان فى فدية الأذى ، وأقل ما يجب مد . وهو فى كفارة الجماع فى رمضان . فإن كان متوسطاً لزمه مد ونصف ، لأنه لا يمكن إلحاقه بالموسر وهو دونه ، ولا بالمعسر وهو فوقه ، فجعل عليه مد ونصف .

وإن كان الزوج عبداً أو مكاتباً وجب عليه مد ، لأنه ليس بأحسن حالا من الحر المعسر ، فلا يجب عليه أكثر من مد . وإن كان نصفه حراً ونصفه عبداً وجب عليه نفقة المعسر .

وقال المزنى : إن كان موسراً بما فيه من الحرية وجب عليه مد ونصف ، لأنه اجتمع فيه الرق والحرية فوجب عليه نصف نفقة الموسر وهو مد ، ونصف نفقة المعسر وهو نصف مد . وهذا خطأ . لأنه ناقص بالرق فلزمه نفقة المعسر كالعبد

(فصل) وتجب النفقة عليه من قوت البلد لقوله عز وجل « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف » ولقوله صلى الله عليه وسلم « ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف » والمعروف ما يقتاته الناس فى البلد ، ويجب لها الحب ،

---

(١) فى النسخة المطبوعة من المهذب ترجم الباب هكذا « باب قدر النفقة » وقد تحققنا أن الصحيح ما أثبتناه مما ذكره قدامى الأصحاب ممن تناولوا المهذب بالشرح والتعليق . « المطيعى »

فإن دفع اليها سويقاً أو دقيقاً أو خبزاً لم يلزمها قبوله ، لأنه طعام وجب بالشرع فكان الواجب فيه هو الحب كالطعام فى الكفارة ، وإن اتفقا على دفع العوض ففيه وجهان :

أحدهما : لا يجوز لأنه طعام وجب فى الذمة بالشرع فلم يجز أخذ العوض فيه كالطعام فى الكفارة .

والثانى : يجوز وهو الصحيح لأنه طعام يستقر فى الذمة للآدمى ، فجاز أخذ العوض فيه كالطعام فى القرض ، ويخالف الطعام فى الكفارة فإن ذلك يجب لحق الله تعالى ، ولم يأذن فى أخذ العوض عنه ، والنفقة تجب لحقها وقد رضيت بأخذ العوض .

(الشرح) الاحكام : نفقة الزوجة معتبرة بحال الزوج لا بحال الزوجة ، فيجب لإبنة الوزير أو رئيس الدولة ما يجب لإبنة الحارس ، وهى مقدرة غير معتبرة بكفايتها . وقال مالك : نفقتها تجب على قدر كفايتها وسعتها ، فإن كانت ضعيفة الأكل فلها قدر ما تأكل ، وإن كانت أكولة فلها ما يكفيها

وقال أبو حنيفة : إن كانت معسرة فلها فى الشهر من أربعة دراهم الى خمسة . وان كانت موسرة فمن سبعة دراهم الى ثمانية ، فإذا حولنا هذه المقادير الى نقدنا المعاصر فى مصر حرسها الله كان الدرهم يساوى خمسين قرشاً .

وقال أصحاب أبى حنيفة : انما قال هذا حيث كان الرخص فى وقته . فأما فى وقتنا فيزاد على ذلك . ويعتبرون كفايتها كقول مالك . لما روى أن النبى (ص) قال لهند « خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف »

ودليلنا قوله تعالى « لينفق ذو سعة من سعته ، ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله » وأراد أن الغنى ينفق على حسب حاله ، والفقير على حسب حاله ، ولقوله تعالى « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف » وأراد بالمعروف عند الناس ، والعرف والعادة عند الناس أن نفقة الغنى والفقير تختلف ، ولأنا لو قلنا ان نفقتها معتبرة بكفايتها لأدى ذلك الى أن لا تنقطع الخصومة بينهما ولا يصل الحاكم الى قدر كفايتها فكانت مقدرة

وأما خبر هند فهو حجة لنا لأنه قال « خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف » والمعروف عند الناس يختلف بيسار الزوج وإعساره ، ولم يقل خذي ما يكفيك ويطلق ، وعلى أنا نحمله على أنه علم من حالها أن كفايتها لا تزيد على نفقة الموسر وكان أبو سفيان موسراً .

إذا ثبت هذا فإن نفقتها معتبرة بحال الزوج ، فإن كان الزوج موسراً — وهو الذي يقدر على النفقة بماله أو كسبه — وجب لها كل يوم مدان ، وان كان معسراً ، وهو الذي لا يقدر على النفقة بماله ولا كسبه وجب كل يوم مد وهو رطل وثلث وهو نحوستمائة جرام من الحنطة تقريباً ، لأن أكثر ما أوجب الله تعالى في الكفارات للواحد مدان . وهو في كفارة الاذى . وأقل ما أوجب للواحد في الكفارة مد . فقسنا نفقة الزوجات على الكفارة ، لأن الله تعالى شبه الكفارة بنفقة الأهل في الجنس بقوله تعالى « من أوسط ما تطعمون أهليكم » فاعتبرنا الاكثر والاقل في الواجب للواحد في الكفارة . وأما المتوسط فإنه يجب عليه كل يوم مد ونصف مد ، لأنه أعلى حالا من المعسر وأدنى حالا من الموسر فوجب عليه من نفقة كل واحد منهما نصفها

(فرع) وان كان الزوج عبداً أو مكاتباً أو مدبراً أو معتقا نصف وجب عليه نفقة زوجته لقوله « وعلى المولود له رزقهن » الخ الآية . وهذا مولود له ولا يجب عليه الا نفقة المعسر لأنه أسوأ حالا من الحر المعسر

قوله « وتجب النفقة عليه من قوت البلد » وهذا صحيح فإنه يجب عليه أن يدفع اليها من غالب قوت البلد . فإذا كان غالب قوت البلد من البر أنفق منه . وان كان من الارز أنفق منه . وان كان من التمر أنفق منه . ولأنه طعام يجب على وجه الاتساع والكفاية فوجب من غالب قوت البلد كالكفارة . ويجب أن يدفع اليها الحب . فإن دفع اليها الدقيق أو السويق أو الخبز . قال الشيخ أبو حامد وابن الصباغ لم يجز

وذكر صاحب المهذب أنه لا يجوز وجهاً واحداً لقوله تعالى « فكفارته اطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم » فجعل الكفارة فرعا للنفقة ومحمولا عليها .

فلما كانت الكفارة الواجبة هى الحب نفسه ، فإنه لا يجزىء الدقيق والسويق والخبز فكذلك النفقة ، وإن أعطاها قيمة الحب لم تجبر على قبولها، لأن الواجب لها هو الحب فلا تجبر على أخذ قيمته ، كما لو كان لها طعام قرض ، وإن سألته أن يعطيها قيمته لم يجبر الزوج على دفع القيمة ، لأن الواجب عليه هو الحب فلا يجبر على دفع قيمته ، فإن تراضيا على القيمة فهل يصح ؟ فيه وجهان

(أحدهما) لا يصح لأنه طعام وجب فى الذمة بالشرع فلم يصح أخذ العوض عنه كالكفارة .

(والثانى) يصح وهو الصحيح لأنه طعام وجب على وجه الرفق فصح أخذ العوض عنه كالقرض . قال الصيمرى والمسعودى : وتلزمه مؤنة طحنه وخبزه حتى يكون مهيئاً لأنه هو العرف .

ولا نرى أن الحب أمر يطرد فى جميع البلاد والمجتمعات ، بل إن فى بعض المدن كالقاهرة والاسكندرية وغيرهما مايكون الحب كالحصى والتراب لا منفعة فيه ولا فائدة ، ويتعين أن يعطى الزوج النفقة بما يمكنها من الطعام وييسر لها أسباب العيش أسوة بغيرها من النساء ولا يتحقق هذا بالحب ، وإنما يتحقق بالقيمة ، ويكون إعطاء القيمة منه أمراً لازما لا اختيار فيه لزوم النفقة نفسها . قال الشافعى رضى الله عنه : وجماع المعروف إعفاء صاحب الحق من المؤنة فى طلبه وأداؤه اليه بطيب النفس لا بضرورته الى طلبه ولا تأديته بإظهار الكراهية لتأديته ، وأيهما ترك فظلم ؛ لأن مطل الغنى ظلم ومطله تأخيره الحق . اه

قال المصنف رحمه الله تعالى :

﴿ فصــــل ﴾ ويجب لها الأدم بقدر ما يحتاج اليه من أدم البلد من الزيت والشيرج والسمن واللحم ، لما روى عن ابن عباس رضى الله عنه أنه قال : من أوسط ما تطعمون أهليكم . الخبز والزيت

وعن ابن عمر رضى الله عنه أنه قال : الخبز والزيت والخبز والسمن والخبز والتمر . ومن أفضـــل ما تطعمون أهليكم الخبز واللحم ، ولأن ذلك من النفقة بالمعروف .

﴿ فصل ﴾ ويجب لها ما تحتاج اليه من المشط والسدر والدهن للرأس وأجرة الحمام ، ان كان عادتها دخول الحمام ، لأن ذلك يراد للتنظيف فوجب عليه كما يجب على المستأجر كنس الدار وتنظيفها . وأما الخضاب فإنه إن لم يطلبه الزوج لم يلزمه ، وإن طلبه منها لزمه ثمنه لأنه للزينة . وأما الأدوية وأجرة الطبيب والحجام فلا تجب عليه ، لأنه ليس من النفقة الثابتة ، وإنما يحتاج اليه لعارض وأنه يراد لإصلاح الجسم فلا يلزمه كما لا يلزم المستأجر إصلاح ماانهدم من الدار وأما الطيب فإنه إن كان يراد لقطع السهوكة لزمه لأنه يراد للتنظيف ، وان كان يراد للتلذذ والاستمتاع لم يلزمه ، لأن الاستمتاع حق له فلا يجبر عليه .

(الشرح) قال الشافعي رضي الله عنه ، وأقل مايعولها به وخادمها ما لا يقوم بدن أحد على أقل منه ، وذلك مد بمد النبي صلى الله عليه وسلم لها فى كل يوم من طعام البلد الذى يقتاتون ، حنطة كان أو شعيراً ، أو ذرة أو أرزاً أو سلتاً ، ولخادمها مثله ومكيلة من أدم بلادها زيتاً كان أو سمناً بقدر ما يكفى ما وصفت من ثلاثين مداً فى الشهر ، ولخادمها شبيه به ، ويفرض لها فى دهن ومشط أقل ما يكفيها ، ولا يكون ذلك لخادمها لأنه ليس بالمعروف

قال : وان كانت ببلد يقتاتون فيه أصنافا من الحبوب كان لها الاغلب من قوت مثلها فى ذلك البلد . وقد قيل لها فى الشهر أربعة أرطال فى كل جمعة رطل وذلك المعروف لها . اه

قلت : وجملة ذلك أنه يجب للزوجة الإدام لقوله تعالى « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف » ومن المعروف أن المرأة لا تأكل خبزها إلا بأدم وروى عكرمة « أن امرأة سألت ابن عباس وقالت له « ما الذى لى من مال زوجى ؟ فقال الخبز والأدم . قالت أفآخذ من دراهمه شيئاً ؟ فقال أتحبين أن يأخذ من مالك فيتصدق به ؟ قالت لا ، فقال كذلك لا تأخذى من دراهمه شيئا بغير أمره » ويرجع فى جنسه وقدره الى العرف فيجب فى كل بلد من غالب أدمها وقال أصحابنا ان كان بالشام فالادم الزيت ، وان كان بالعراق فالشيرج . وان كان بخراسان فالسمن ، وإنما أوجب الشافعي الادهان من بين سائر الإدام لأنها

أصلح للأبدان وهى مع البر تعطى طاقة حرارية للبدن عالية بما فى الأدهان من البروتين ، قال فى البيان وهى أخف مئونة لأنه لا يحتاج فى التأدم بها الى طبخ ويرجع فى قدره إلى العرف ، فإن كان العرف أن يؤتدم على المد أوقية دهن وجب لامرأة الموسر كل يوم أوقيتادهن ولامرأة المعسر أوقية ولامرأة المتوسط أوقية ونصف ، لأنه ليس للأدم أصل يرجع اليه فى تقديره فرجع فى تقديره إلى العرف بخلاف النفقة . قال وعندى أنها إذا كانت فى بلد غالب أدم أهله اللبن كأهل اليمن فإنه يجب أدمها من اللبن . اه

(فرع) إذا كانت فى بلد يتأدم أهله اللحم فإنه يجب عليه أن يدفع اليها فى كل جمعة لحماً لأن العرف والعادة أن الناس يطبخون اللحم كل جمعة

قال أصحابنا وإنما فرض الشافعى فى كل جمعة رطل لحم لأنه كان بمصر واللحم فيها يقل ، فأما إذا كانت فى موضع يكثر فيه اللحم ، فإن الحاكم يفرض لها على ما يراه من رطلين أو أكثر . وهذا لامرأة المعسر ، فأما امرأة الموسر فيجب لها من ذلك ضعف ما يجب لامرأة المعسر

قوله « الخضاب » وهو ما يخضب به من حناء وكتم ومساحيق الشفاه الحمراء وسوائل الأظافر . قال الأعشى

أرى رجلا منكم أسيفاً كأنما يضم إلى كشحيه كفاً مخضبا

وخضب الرجل شيبه يخضبه والخضاب الاسم ، قال السهيلى ، عبد المطلب أول من خضب بالسواد من العرب . وفى الحديث بكى حتى خضب دمعه الحصى أى بلها من طريق الاستعارة

قال ابن الأثير . والأشبه أن يكون أراد المبالغة فى البكاء حتى احمر دمعه فخضب الحصا .

وأما السهوكة فهى من السَّهَك . قال فى اللسان « ريح كريهة تجدها من الإنسان إذا عرق تقول انه لَسهِكُ الريح ، وقد سهك سهكا وهو سَهِكٌ . قال النابغة :

سهكين من صدإ الحديد كأنهم تحت السنور جنةُ البقار

ولولا لبسهم الدروع التى قد صدأت ما وصفهم بالسهك ، والسهك والشكة قبح رائحة اللحم إذا خنز

وقال ابن بطال وأصله ريح السمك وصدأ الحديد

أما ما فى هـذا الفصل من الأحكام فهو أنه يجب لها ما تحتاج اليه من الدهن والمشط ، لأن ذلك تحتاج اليه لزينة شعرها فوجب عليه كنفقة بدنها ، ولأن فيه تنظيفا فوجب عليه ،كما يجب على المكترى كنس الدار المستأجرة ، هكذا أفاده العمرانى فى البيان .

ويجب عليه ما تحتاج اليه من الصابون وأجرة الحمام ، أو توفير أسباب الاستحمام فى مسكنها لما ذكرناه فى الدهن والمشط . قال الشيخ أبو إسحاق هنا فأما الخضاب فإن لم يطلب الزوج منها لم يلزمه ، وان طلبه منها لزمه ثمنه . وأما الطيب ، فإن كان يراد لقطع السهوكة لزمه لأنه يراد للتنظيف ، وان كان يراد للتلذذ والاستمتاع لم يلزمه،لأن الاستمتاع حق له فلا يلزمه. ولا يلزمه أجرة الحجامة والفصادة ، ولا ثمن الادوية ولا أجرة الطبيب ان احتاجت اليه لأن ذلك يراد لحفظ بدنها لعارض

ولنا وقفة عند هذا الامر الذى ينبغى النظر اليه من خلال ما طرأ على حياة الناس من تغير ، وليس هذا الفرع بالشىء الثابت الذى لا يتأثر بآلام وآمال الانسانية السائدة ، فإنه إذا كان الزوجان فى مجتمع أو بيئة أو دولة تكفل للعامل والشغال قدراً من الرعاية الصحية تحت اسم اصابة العمل أو المرض أثناء الخدمة فيتكفل صاحب العمل ببعض نفقات العلاج أو كلها ، فإنه ليس من المعروف أن نضرب المثل هنا بإجارة الدار مع الفارق بين الزوجة والدار ، والأقرب الى التشبيه أن يكون المثل إنسانيا فيضرب المثل بالعامل فإنه أولى

على أن الفصل فى ذلك أن المرء فيها أمير نفسه ، فإن كان يحس فى وجدانه بقوله تعالى « والله خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا اليها وجعل بينكم مودة ورحمة » فإنه لن يشح عليها بما يزيل وصبها وعطبها فى كنفه ، وهو أمر مستحب يدخل فى فضائل المروءة وحسن المعاشرة والايثار

وإذا كانت أجرة الحمام لتنظيف البدن . وكذلك فرض مقادير اللحم والأدم لحفظ بدنها، وأصحابنا يقولون بأن هذه كلها لحفظ البدن على الدوام فنحن قد استحببنا قياس ثمن الدواء لحفظ البدن مما يطرأ عليه على نفقة البدن الأخرى ، وفيما يأتى من مسائل ما يؤيد قياسنا هــذا . وقد ذهبنا إلى استحبابه للاجماع على عدم وجوبه بلا خلاف .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) ويجب لها الكسوة لقوله تعالى « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف » ولحديث جابر « ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف » ولأنه يحتاج اليه لحفظ البدن على الدوام فلزمه كالنفقة ، ويجب لامرأة الموسر من مرتفع مايلبس فى البلد من القطن والكتان والخز والابريسم ، ولامرأة المعسر من غليظ القطن والكتان ، ولامرأة المتوسط ما بينهما ، وأقل ما يجب قميص وسراويل ومقنعة ومداس للرجل ، وإن كان فى الشتاء أضاف اليه جبة ، لأن ذلك من الكسوة بالمعروف .

(فصل) ويجب لها ملحفة أو كساء ووسادة ومضربة محشوة للنوم ، وزلية أو لبد أو حصير للنهار ، ويكون ذلك لامرأة الموسر من المرتفع ، ولامرأة المعسر من غير المرتفع ، ولامرأة المتوسط ما بينهما لأن ذلك من المعروف

(فصــل) ويجب لها مسكن لقوله تعالى « وعاشروهن بالمعروف » ومن المعروف أن يسكنها فى مسكن ، ولأنها لا تستغنى عن المسكن للاستتار عن العيون والتصرف والاستمتاع ، ويكون المسكن على قدر يساره وإعساره وتوسطه كما قلنا فى النفقة .

(فصل) وإن كانت المرأة ممن لا تخدم نفسها بأن تكون من ذوات الاقدار أو مريضة وجب لها خادم لقوله عز وجل « وعاشروهن بالمعروف » ومن العشرة بالمعروف أن يقيم لها من يخدمها ، ولا يجب لها أكثر من خادم واحد لأن المستحق خدمتها فى نفسها وذلك يحصل بخادم واحد ، ولا يجوز أن يكون

الخادم الا امرأة أو ذا رحم محرم . وهل يجوز أن يكون من اليهود والنصارى؟ فيه وجهان (أحدهما) أنه يجوز لأنهم يصلحون للخدمة (والثانى) لا يجوز لأن النفس تعاف من استخدامهم

وإن قالت المرأة : أنا أخدم نفسى وآخذ أجرة الخادم لم يجبر الزوج عليه لأن القصد بالخدمة ترفيهها وتوفيرها على حقه ، وذلك لا يحصل بخدمتها . وإن قال الزوج أنا أخدمها بنفسى ففيه وجهان

(أحدهما) وهو قول أبى إسحاق انه يلزمها الرضا به ، لأنه تقع الكفاية بخدمته (والثانى) لا يلزمها الرضا به لأنها تحتشمه ولا تستوفى حقها من الخدمة

(فصل) وان كان الخادم مملوكاً لها واتفقا على خدمته لزمه نفقته ، فإن كان موسراً لزمه للخادم مد وثلث من قوت البلد ، وان كان متوسطاً أو معسراً لزمه مد لأنه لا تقع الكفاية بما دونه ، وفى أدمه وجهان

(أحدهما) أنه يجب من نوع أدمها كما يجب الطعام من جنس طعامها .

(والثانى) أنه يجب من دون أدمها وهو المنصوص ، لأن العرف فى الادم أن يكون من دون أدمها ، وفى الطعام العرف أن يكون من جنس طعامها ، ويجب لخادم كل زوجة من الكسوة والفراش والدثار دون ما يجب للزوجة ، ولا يجب له السراويل ولا يجب له المشط والسدر والدهن للرأس ، لأن ذلك يراد للزينة والخادم لا يراد للزينة ، وان كانت خادمة تخرج للحاجات وجب لها خف لحاجتها الى الخروج

(الشرح) قوله « الزلّية » بساط عراقى نحو الطنفسة ؛ والدثار الثوب الذى يتدفأ به . قال الشافعى رضى الله عنه : وفرض لها من الكسوة ما يكسى مثلها ببلدها عند المقتر ، وذلك من القطن الكوفى والبصرى وما أشبههما ، ولخادمها كرباس وتبان وما أشبهه ، وفرض لها فى البلاد الباردة أقل ما يكفى من البرد من جبه محشوة وقطيفة أو لحاف وسراويل وقميص وخمار أو مقنعة ، ولخادمها جبة صوف وكساء تلتحفه يدفىء مثلها ، وقميص ومقنعة وخف وما لا غنى بها عنه ، وفرض لها للصيف قميصاً وملحفة ومقنعة . قال وتكفيها القطيفة سنين ونحو ذلك الجبة المحشوة . اه

وجملة ذلك أن كسوة الزوجة تجب على الزوج لقوله تعالى « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف » ولقوله صلى الله عليه وسلم « ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف » ولأن الكسوة تحتاج اليها لحفظ البدن على الدوام ، فوجبت على الزوج كالنفقة .

إذا ثبت هذا فإن المرجع فى عدد الكسوة وقدرها وجنسها الى العرف والعادة لأن الشرع ورد بإيجاب الكسوة غير مقدرة ، وليس لها أصل يرد اليه ، فرجع فى عددها وقدرها إلى العرف بخلاف النفقة ، فإن فى الشرع لها أصلا ، وهو الاطعام فى الكفارة فردت النفقة اليها

فإن قيل فقد ورد الشرع بإيجاب الكسوة فى الكفارة فهلا ردت كسوة الزوجة إلى ذلك ؟ فالجواب أن فى الكسوة الواجبة فى كفارة اليمين ما يقع عليه اسم الكسوة ، وأجمعت الامة على أنه لا يجب للزوجة من الكسوة ما يقع عليه اسم الكسوة ، فإذا منع الإجماع من قياس كسوتها على الكسوة فى الكفارة لم يبق هناك أصل يرد اليه ، فرجع فى ذلك إلى العرف .

فأما عدد الكسوة قال الشافعي : فيجب للمرأة قميص وسراويل وخمار أو مقنعة قال أصحابنا : ويجب لها شيء تلبسه فى رجلها من نعل ونحوه . وأما قدرها فإنه يقطع لها ما يكفيها على قدر طولها وقصرها ، لأن عليه كفايتها فى الكسوة ولا تحصل كفايتها إلا بقدرها . وأما جنسها فإن الشافعي قال أجعل لامرأة الموسر من لين البصرى والكوفى والبغدادى ، ولامرأة المعسر من غليظ البصرى والكوفى — قال الشيخ أبو حامد إنما فرض الشافعي هذه الكسوة على عادة أهل زمانه . لأن العرف فى وقته على ما ذكر . فأما فى وقتنا فإن العرف قد اتسع فإن العرف أن امرأة الموسر تلبس الحرير والخز والكتان ، فيدفع اليها مما جرت عادة نساء بلدها بلبسه . وان كان فى الشتاء أضاف إلى ذلك جبة محشوة تتدفأ بها . انتهى

وعندى أنها إذا كانت فى بلد لا يكتفى نساؤهم إلا بثياب داخلية وثياب خارجية وثياب للنوم وجب كسوتها من ذلك ، ويجب لها نطاق وخمار ، فيجب لامرأة الموسر من مرتفع ذلك . وتسمى فى زماننا بالطارحة أو الإيشارب .

ولامرأة المعسر من خشن ذلك ، ولامرأة المتوسط مما بينهما . وإن كانت فى بلد لا تختلف كسوة أهلها فى زمان الحر والبرد لم تجب لها الملابس المحشوة كالبالطو للشتاء ، لأن ذلك هو العرف والعادة فى حق أهل بلدها فلم يجب لها أكثر منه قال الشافعى « وإن كانت بدوية فما يأكل أهل البادية ومن الكسوة بقدر ما يكتسون — قال الشافعى «ولامرأته فراش ووسادة من غليظ متاع البصرة » وجملة ذلك أنه يجب لها عليه فراش ، لأنها تحتاج الى ذلك كما تحتاج الى الكسوة فيجب لامرأة الموسر مضربه محشوة بالقطن ووسادة . وإن كان فى الشتاء وجب لها لحاف أو قطيفة للدفء . وان كان فى الصيف وجب لها ملحفة ، وهل يجب لها فراش تقعد عليه بالنهار غير الفراش الذى تنام عليه ؟ فيه وجهان

(أحدهما) لا يجب لها غير الفراش الذى تنام عليه لأنها تكتفى بذلك

(والثانى) — وهو المذهب — أنه يجب لها فراش تقعد عليه بالنهار غير الفراش الذى تنام عليه كالحشية (الشلته) أو كرسى أو سجادة أو ما أشبه ذلك لأن العرف فى امرأة الموسر أنها تجلس فى النهار على غير الفراش الذى تنام عليه ، وقد يحدد العرف مكاناً لجلوسها كمكان الاستقبال (الانتريه أو الصالون) فعلى الموسر أن يوفر لها مثل أحد هذين المكانين لاستراحتها

(مسألة) ويجب لها مسكن لقوله تعالى « أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم » وقوله تعالى «وعاشروهن بالمعروف» ومن المعروف أن يسكنها بمسكن ولأنها تحتاج اليه للاستتار عن العيون عند الاستمتاع ، ويقيها من الحر والبرد ، فوجب عليه كالكسوة ويعتبر ذلك بيساره وإعساره وتوسطه

(مسألة) وإن كانت المرأة ممن لا تخدم نفسها لمرض بها أو كانت من ذوات الاقدار — قال ابن الصباغ فإن كانت لا تخدم نفسها فى بيت أبيها وجب على الزوج أن يقيم لها من يخدمها وقال داود « لا يجب عليه لها خادم »

دليلنا قوله تعالى « وعاشروهن بالمعروف » ومن المعاشرة بالمعروف أن يقيم لها من يخدمها ؛ ولأن الزوج لما وجبت عليه نفقة الزوجة وجب عليه إخدامها كالاب لما وجبت عليه نفقة الإبن وجبت عليه أجرة من يخدمه وهو من يحضنه. إذا ثبت هذا فإنه لا يلزمه لها إلا خادم واحد ، وبه قال أبو حنيفة وأحمد

وقال مالك : إذا كانت تخدم فى بيت أبيها بخادمين أو أكثر ، أو كانت تحتاج إلى أكثر من خادم وجب عليه ذلك .

وقال أبو ثور : إذا احتمل الزوج ذلك فرض لخادمين ، ودليلنا أن الزوج إنما يلزمه أن يقيم لها من يخدمها بنفسها دون مالها ، وما من امرأة إلا ويكفيها خادم واحد فلم يجب لها أكثر منه

(فرع) ولا يكون الخادم إلا امرأة أو رجلا من ذوى محارمها لأنها تحتاج إلى نظر الخادم ، وقد تخلو به فلم يجز أن يكون رجلا أجنبياً . وهل تجبر المرأة على أن يكون من اليهود والنصارى ؟ فيه وجهان

(أحدهما) تجبر على خدمتهم لأنهم يصلحون للخدمة

(والثانى) لا تجبر على أحد منهم لأن النفس تعاف من استخدامهم ، فإن أخدمها خادماً يملكه ، أو اكترى لها خادماً يخدمها ، أو كان لها خادم واتفقا أن يخدمها وينفق عليه أو خدمها الزوج بنفسه ورضيت الزوجة بذلك جاز ، لأن المقصود خدمتها وذلك يحصل بجميع ذلك

وعند أصحاب أحمد فى إخدام اليهود والنصارى وجهان كالوجهين عندنا الصحيح منهما جوازه لأن استخدامهم مباح ، وقد ذكر فى المغنى لابن قدامة أن الصحيح إباحة النظر لهم . وإن أراد الزوج أن يقيم لها خادما واختارت المرأة أن تقيم لها خادماً غيره ففيه وجهان حكاهما القاضى أبو الطيب (أحدهما) يقدم اختيار الزوجة لأن الخدمة حق لها ، وربما كان من تختاره أقوم بخدمتها .

(والثانى) يقدم اختيار الزوج ، لأن الخدمة حق عليه لها فقدمت جهة اختياره كالنفقة ، ولأنه قد يتهم من تختاره الزوجة فقدم اختيار الزوج

قال المسعودى وإن كان لها خادم فأراد الزوج إبداله بغيره فإن كان بالخادم عيب ، أو كان سارقا ، فله ذلك وإلا فلا ، وان أراد الزوج أن يخدمها بنفسه وامتنعت من ذلك فهل تجبر ؟ فيه وجهان

(أحدهما) تجبر عليه ، وهو اختيار أبى إسحاق المروزى والشيخ أبى حامد لأن المقصود إخدامها فكان له إخدامها بغيره وبنفسه ، كما يجوز أن يوصل اليها النفقة بوكيله أو بنفسه .

(والثانى) لا تجبر على قبول خدمته لأنها تحتشم أن تستخدمه فى جميع حوائجها ، ولأن عليها عاراً فى ذلك وغضاضة فلم تجبر عليه . هذا نقل أصحابنا البغداديين ، لأنها لا ترضى أن يكون زوجها خادماً ولو كان خادماً لها ، وبهذين الوجهين قال الحنابلة

وقال المسعودى ان كانت خدمته مما لاتحتشم منه فى مثلها ، مثل كنس البيت والطبخ ونحوه أجبرت على قبول ذلك منه ، وان كانت خدمته تحتشم منه فى مثلها كحمل الماء معها إلى المستحم ونحوه لم تجبر على قبول ذلك منه ، بل يجب عليه أن يأتيها بخادم يتولى ذلك لها

(فرع) وأما نفقة من يخدمها ، فإن أخدمها بمملوك له فعليه نفقته وكسوته على الكفاية لحق الملك لا لخدمتها ، وإن استأجر من يخدمها فله أن يستأجره بالقليل والكثير ، وان وجد من يتطوع بخدمتها من غير عوض جاز ، لأن حقها فى الخدمة وقد حصل ذلك ، وإن كان لها خادم مملوك لها واتفقا على أن يخدمها وجب على الزوج نفقة خادمها وكسوته وزكاة فطره ، وتكون نفقته مقدرة ، وقد أوهم المزنى أن فى وجوب نفقة خادمها قولين . قال أصحابنا وليس بشىء

إذا ثبت هذا فإنه يجب لخادم امرأة الموسر والمتوسط ثلثا ما يجب لها من النفقة ، فيجب لخادم امرأة الموسر كل يوم مد وثلث ولخادم امرأة المتوسط كل يوم مد ، لأن العرف أن نفقة خادم المرأة الموسر أكثر من نفقة خادم امرأة المعسر ، وأما نفقة خادم امرأة المعسر فيجب له كل يوم مد ، لأن البدن لا يقوم بدون ذلك ، و يجب ذلك من غالب قوت البلد ، لأن البدن لا يقوم بغير قوت البلد ، ويجب له الأدم لأن العرف أن الطعام لا يؤكل إلا بأدم ، وهل يكون من مثل أدمها ؟ فيه وجهان

(أحدهما) أنه يكون من مثل أدمها كما يجب الطعام من مثل طعامها

(والثانى) لا يجب له من مثل أدمها لأن العرف أن أدم الخادم دون أدم المخدوم فلم يسو بينهما ، كما لا يسوى بينهما فى قدر النفقة ، فعلى هذا يكون أدمها كما يقول العمرانى وغيره من أصحابنا من الزيت الجيد ، ويكون أدم خادمها من

الذى دونه ، ولا يعدل بأدم الخادم عن جنس غالب أدم البلد ، لأن البدن لا يقوم إلا به .

وهل يجب لخادمها اللحم ؟ إن قلنا يجب له الأدم من مثل أدمها وجب له اللحم . ولا يجب له الدهن والمشط لأن ذلك يراد للزينة والخادم لايراد للزينة . قال الشافعي : ويجب لخادمها قميص ومقنعة وخف ، وأوجب لها الخف لأنها تحتاج اليه عند الخروج لقضاء الحاجات ، وإن كان فى الشتاء وجب له جبة صوف أو كساء ليدفأ به من البرد ، قال : ولخادمها فروة ووسادة وما أشبههما من عباءة أو كساء .

قال أصحابنا ، أما الفراش فلا يجب لخادمها ، وإنما يجب له وسادة ؛ ويجب لخادم امرأة الموسر كساء ، ولخادم امرأة المعسر عباءة لأن ذلك هو العرف فى حقهم ، فإن مات خادمها فهل يجب عليه كفنه ومؤنة تجهيزه ؟ فيه وجهان كما قلنا فى كفن الزوجة ومؤنة تجهيزها . وإن خدمت المرأة نفسها لم يجب لها أجرة ، لأن المقصود بإخدامها ترفيهها ، فإذا حملت المشقة على نفسها لم تستحق الاجرة كالعامل فى القراض إذا تولى من العمل ما له أن يستأجر عليه من مال القراض .

(فرع) فإذا كانت ممن لا تُخدم بأن كانت تخدم نفسها فى بيت أبيها وهى صحيحة تقدر على خدمة نفسها لم يجب على الزوج أن يقيم لها من يخدمها ، لأن العرف فى حقها أن تخدم نفسها .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

﴿ فصل ﴾ ويجب أن يدفع اليها نفقة كل يوم إذا طلعت الشمس ، لأنه أول وقت الحاجة ، ويجب أن يدفع اليها الكسوة فى كل ستة أشهر لأن العرف فى الكسوة أن تبدل فى هذه المدة ، فإن دفع اليها الكسوة فبليت فى أقل من هذا القدر لم يجب عليه بدلها كما لا يجب عليه بدل طعام اليوم إذا نفد قبل انقضاء اليوم ، وإن انقضت المدة والكسوة باقية ففيه وجهان

(أحدهما) لا يلزمه تجديدها لأن الكسوة مقدرة بالكفاية ، وهى مكفية .
(والثانى) يلزمه تجديدها وهو الصحيح ، كما يلزمه الطعام فى كل يوم . وإن بقى

عندها طعام اليوم الذى قبله ، ولأن الاعتبار بالمدة لا بالكفاية ، بدليل أنها لو تلفت قبل انقضاء المدة لم يلزمه تجديدها والمدة قد انقضت فوجب التجديد . وأما ما يبقى سنة فأكثر كالبسط والفراش وجبة الخز والأبريسم فلا يجب تجديدها فى كل فصل لأن العادة أن لا تجدد فى كل فصل

﴿ فصل ﴾ وإن دفع اليها نفقة يوم فبانت قبل انقضائه لم يرجع بما بقى لأنه دفع ما يستحق دفعه ، وان سلفها نفقة أيام فبانت قبل انقضائها فله أن يرجع فى نفقة ما بعد اليوم الذى بانت فيه ، لأنه غير مستحق ، وإن دفع اليها كسوة الشتاء أو الصيف فبانت قبل انقضائه ففيه وجهان

(أحدهما) له أن يرجع لأنه دفع لزمان مستقبل فإذا طرأ ما يمنع الاستحقاق ثبت له الرجوع كما لو أسلفها نفقة أيام فبانت قبل انقضائها

(والثانى) لا يرجع لأنه دفع ما يستحق دفعه فلم يرجع به ، كما لو دفع اليها نفقة يوم فبانت قبل انقضائه .

﴿ فصل ﴾ وإن قبضت كسوة فصل وأرادت بيعها لم تمنع منه . وقال أبو بكر ابن الحداد المصرى لا يجوز . وقال أبو الحسن الماوردى البصرى إن أرادت بيعها بما دونها فى الجمال لم يجز ، لأن للزوج حظاً فى جمالها وعليه ضرراً فى نقصان جمالها ، والأول أظهر ، لأنه عوض مستحق فلم تمنع من التصرف فيه كالمهر . وان قبضت النفقة وأرادت أن تبيعها أو تبدلها بغيرها لم تمنع منه ، ومن أصحابنا من قال ان أبدلتها بما يستضر بأكله كان للزوج منعها لما عليه من الضرر فى الاستمتاع بمرضها ، والمذهب الاول لما ذكرناه فى الكسوة والضرر فى الاكل لا يتحقق فلا يجوز المنع منه

(الشرح) فى متى تجب نفقة الزوجة قولان . قال فى القديم يجب جميعها بالعقد . ولكن لا يجب عليه تسليم الجميع ، وبه قال أبو حنيفة ، لأنه مال يجب للزوجة بالزوجية فوجب بالعقد كالمهر ، ولأن النفقة تجب فى مقابلة الاستمتاع فلما ملك الاستمتاع بها بالعقد وجب بأن تملك عليه بالعقد ما فى مقابلته وهو النفقة كالثمن والمثمن

وقال فى الجديد : لا تجب بالعقد وإنما تجب يوماً بيوم وهو الأصح . لأنها لو وجبت بالعقد لوجب عليه تسليم جميعها إذا سلمت نفسها ، كما يجب على المستأجر تسليم جميع الأجرة إذا قبض العين المستأجرة ، فلما لم يجب عليه تسليم جميعها ثبت أن الجميع لم يجب ، وقول الأول أنها وجبت فى مقابلة ملك الاستمتاع غير صحيح وإنما وجبت فى مقابلة التمكين من الاستمتاع ، فإذا قلنا بقوله القديم صح أن يضمن عن الزوج بعقد زمان مستقبل ، ولكن لا يضمن عنه إلا نفقة المعسر وإن كان موسراً ، لأن ذلك هو الواجب عليه بيقين . وإن قلنا بقوله الجديد لم يصح أن يضمن عليه الا نفقة اليوم بعد طلوع الفجر . وأما وجوب التسليم فلا خلاف أنه لا يجب عليه إلا تسليم نفقة يوم بيوم ، لأنها إنما تجب فى مقابلة التمكين من الاستمتاع وذلك لا يوجد الا بوجود التمكين فى اليوم ، فإذا جاء أول اليوم وهى ممكنة له من نفسها وجب عليه تسليم نفقة اليوم فى أوله لأن الذى يجب لها هو الحب ، والحب يحتاج الى طحن وعجن وخبز . وتحتاج الى الغداء والعشاء . فلو قلنا لا يجب عليه تسليم ذلك الا فى وقت الغداء والعشاء أضر بها الجوع الى وقت فراغه .

قال الشيخ أبو حامد : فإن سلم لها خبزاً فارغا فأخذته وأكلته كان ذلك قبضاً فاسداً ، لأن الذى تستحقه عليه الحب ، فيكون لها مطالبته بالحب وله مطالبتها بقيمة الخبز

(فرع) فإن دفع اليها نفقة شهر مستقبل فمات أحدهما أو بانت منه بالطلاق قبل انقضاء الشهر لم يسترجع منها لأنه دفع اليها ما وجب عليه لها ، فلم يتغير بما طرأ بعده كما لو دفع الزكاة الى فقير فمات أو استغنى . وان دفع اليها نفقة شهر مستقبل فمات أحدهما أو بانت منه فى أثناء الشهر استرجع منها نفقة ما بعد اليوم الذى مات أحدهما فيه أو بانت فيه. وبه قال أحمد ومحمد بن الحسن. وقال أبو حنيفة وأبو يوسف لا يسترجع منها لأنه ملكته بالقبض

ودليلنا أنه دفع ذلك اليها عما سيجب لها بالزوجية فى المستقبل ، فإذا بان أنه لم يجب لها شىء استرجع منها ، كما لو قدم زكاة ماله قبل الحول الى فقير فاستغنى الفقير من غير ما دفع اليه أو مات

(فرع) وان دفع اليها الكسوة أو النعل فبليت نظرت ، فإن بليت فى الوقت الذى يبلى فيه مثلها ، مثل أن يقال: مثل هذا يبقى ستة أشهر ، فأبلته بأربعة أشهر أو دونها لم يلزمه أن يدفع اليها بدله ، لأنه قد دفع اليها ما تستحقه عليه ، فإذا بلى قبل ذلك لم يلزمه ابداله ؛ كما لو سرقت كسوتها أو احترقت ، وكما لو دفع اليها نفقة يوم فأكلتها قبل اليوم .

وان مضى الزمان الذى تبلى فيه مثل تلك الكسوة بالاستعمال المعتاد ولم تبل تلك الكسوة بل يمكن لباسها ، فهل يلزمه أن يكسوها ؟ فيه وجهان

(أحدهما) لا يلزمه لأنها غير محتاجة الى الكسوة (والثانى) يلزمه أن يكسوها قال الشيخان أبو اسحاق وأبو حامد : وهو الاصح لأن الاعتبار بالكسوة بالمدة لا بالبلاء . ألا ترى أن كسوتها لو بليت قبل وقت بلائها لم يلزمه ابدالها ، فإذا بقيت بعد مدة بلائها لم يلزمه ابدالها ، ولأنه لو دفع اليها نفقة يوم فلم تأكلها حتى جاء اليوم الثانى لزمه نفقة لليوم الثانى، وان كانت مستغنية فيه بنفقة اليوم الاول فكذلك فى الكسوة مثله

وان دفع اليها كسوة مدة فمات أحدهما أو بانت منه قبل انقضائها والكسوة لم تبل ، فهل يسترجع من وارثها أو منها ؟ فيه وجهان

(أحدهما) يسترجع منها ، كما لو دفع اليها نفقة ما بعد يوم الموت والبينونة (والثانى) لا يسترجع لأنه دفع الكسوة اليها بعد وجوبها عليه فلم يسترجع منها كما لو دفع اليها نفقة يوم فمات أحدهما أو بانت قبل انقضائه ، ويخالف اذا دفع اليها نفقة الشهر ، فإنها لا تستحق عليه نفقة ما بعد يوم الموت والبينونة . فلذلك استرجعت منها

(فرع) قال ابن الحداد ، اذا دفع الى امرأته كسوة فأرادت بيعها لم يكن لها ذلك لأنها لا تملكها ، ألا ترى أن له أن يأخذها منها ويبدلها بغيرها ، ولو دفع اليها طعاماً فباعته كان لها ذلك

واختلف أصحابنا فى ذلك فمنهم من وافق ابن الحداد وقال ، لا يصح لها بيع ما يدفع اليها من الكسوة لأنها تستحق عليه الانتفاع بالكسوة وهو استتارها بها فلا تملكها بالقبض كالمسكن . وان أتلفت كسوتها لزمها قيمتها له ولزمه أن

يكسوها . ومنهم من خطأ ابن الحداد وقال : تملك الكسوة إذا قبضتها ويصح بيعها ؛ لأنه يجب عليه دفع الكسوة اليها ، فإذا قبضتها ملكتها وصح بيعها لها كالنفقة ويخالف المسكن فإنه لا يلزمه أن يسلم اليها المسكن وإنما له أن يسكن معها

وقال أبو الحسن الماوردى صاحب الحاوى : إن أرادت بيعها بما دونها فى الجمال لم يجز ، لأن للزوج حظاً فى جمالها ، وعليه ضرر فى نقصان جمالها . وإن أرادت بيعها بمثلها أو أعلى منها كان لها ذلك لأنها ملكتها ولا ضرر على الزوج فى ذلك

قال ابن الصباغ : وعنـــدى أنه لو أراد أن يكترى لها ثياباً تلبسها لم يلزمها أن تستجيب الى ذلك ، ولو أراد أن يكترى لها مسكناً لزمها الاستجابة الى ذلك .

هذا نقل أصحابنا البغداديين أن الذى يستحق عليه دفع النفقة والكسوة ، ولم يذكر أحد منهم أنه يجب عليه أن يملكها

وأما المسعودى فقال : يجب عليه أن يملكها الحب ، فلو رضيت أن يملكها الخبز فالظاهر أنه يصح ، وفيه وجه آخر أنه لا يصح ، لأنه إبدال قبل القبض . وأيضا فإنه بيع الحب بالخبز . وذلك ربا .

وأما الكسوة فتجب عليه على طريق الكفاية ولا يجب عليه التمليك ، فلو سرقت أو تحرقت فى الحال وجب عليه الإبدال . وفيه وجه آخر أنه يجب عليه التمليك تخريجاً من النفقة .

(فرع) وإن دفع اليها نفقتها وأرادت بيعها أو ابدالها بغيرها لم تمنع منها . ومن أصحابنا من قال : إنه إذا أرادت إبدالها بما تستضر بأكلها كان للزوج منعها لأن عليه ضرراً فى الاستمتاع بها مريضة ، والمذهب الأول ، لأن الضرر بأكلها لغيرها لا يتحقق . فإن تحقق الضرر بذلك منعت منه ، لئلا تقتل نفسها ، كما لو أرادت قتل نفسها .

قال الشافعى : وليس على الزوج أن يضحى عن امرأته لأنه لا يجب عليه أن يضحى عن نفسه ، فلأن لا يجب عليه أن يضحى عنها أولى . والله أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

﴿ باب الإعسار بالنفقة واختلاف الزوجين فيها ﴾

إذا أعسر الزوج بنفقة المعسر فلها أن تفسخ النكاح ، لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال فى الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته قال : يفرق بينهما » ولأنه إذا ثبت لها الفسخ بالعجز عن الوطء — والضرر فيه أقل — فلأن يثبت بالعجز عن النفقة والضرر فيه أكثر أولى . وإن أعسر ببعض نفقة المعسر ثبت لها الخيار ، لأن البدن لا يقوم بما دون المد ، وإن أعسر بما زاد على نفقة المعسر لم يثبت لها الفسخ ، لأن ما زاد غير مستحق مع الإعسار . وإن أعسر بالأدم لم يثبت لها الفسخ ، لأن البدن يقوم بالطعام من غير أدم . وإن أعسر بالكسوة ثبت لها الفسخ ، لأن البدن لا يقوم بغير الكسوة ، كما لا يقوم بغير القوت .

وإن أعسر بنفقة الخادم لم يثبت لها الفسخ لأن النفس تقوم بغير خادم . وان أعسر بالمسكن ففيه وجهان (أحدهما) يثبت لها الفسخ لأنه يلحقها الضرر لعدم المسكن (والثانى) لا يثبت لأنها لا تعدم موضعاً تسكن فيه

﴿ فصل ﴾ وان لم يجد الا نفقة يوم بيوم لم يثبت لها الفسخ ، لأنه لا يلزمه فى كل يوم أكثر من نفقة يوم ، وان وجد فى أول النهار ما يغديها وفى آخره ما يعشيها ففيه وجهان (أحدهما) لها الفسخ لأن نفقة اليوم لا تتبعض . (والثانى) ليس لها الفسخ لأنها تصل الى كفايتها

وان كان يجد يوماً قدر الكفاية ولا يجد يوماً ثبت لها الفسخ لأنه لايحصل لها فى كل يوم إلا بعض النفقة .

وان كان نساجا ينسج فى كل أسبوع ثوباً تكفيه أجرته الاسبوع ، أو صانعاً يعمل فى كل ثلاثة أيام تكة يكفيه ثمنها ثلاثة أيام لم يثبت لها الفسخ لأنه يقدر أن يستقرض لهذه المدة ما ينفقه فلا تنقطع به النفقة . وإن كانت نفقته فى عمل فعجز عن العمل بمرض نظرت . فإن كان مرضاً يرجى زواله فى اليومين والثلاثة

لم يثبت لها الفسخ ، لأنه يمكنها أن تستقرض ما تنفقه ثم تقضيه . وإن كان مريضا مما يطول زمانه ثبت لها الفسخ لأنه يلحقها الضرر لعدم النفقة ، وإن كان له مال غائب — فإن كان فى مسافة لا تقصر فيها الصلاة لم يجز لها الفسخ . وإن كان فى مسافة تقصر فيها الصلاة ثبت لها الفسخ لما ذكرناه فى المرض ، وإن كان له دين على موسر لم يثبت لها الفسخ . وإن كان على معسر ثبت لها الفسخ . لأن يسار الغريم كيساره ، وإعساره كإعساره فى تيسير النفقة وتعسيرها

(الشرح) حديث أبى هريرة أخرجه الدارقطنى والبيهقى فى السنن الكبرى من طريق عاصم القارى عن أبى صالح عن أبى هريرة وأعله أبو حاتم ، ولكن للحديث شواهد عن سعيد بن المسيب عند سعيد بن منصور والشافعى وعبد الرزاق فى الرجل لا يجد ماينفق على أهله قال «يفرق بينهما» قال أبو الزناد : قلت لسعيد سنة ؟ قال سنة . وهذا مرسل قوى

وعن عمر عند عبد الرزاق والمنذرى والشافعى « أنه كتب إلى أمراء الأجناد فى رجال غابوا عن نسائهم إما أن ينفقوا وإما أن يطلقوا ويبعثوا نفقة ماحبسوا» وعن أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم قال « خير الصدقة ما كان من ظهر غنى واليد العليا خير من اليد السفلى وابدأ بمن تعول . فقيل من أعول يارسول الله؟ قال امرأتك ممن تعول ، تقول أطعمنى وإلا فارقنى ، جاريتك تقول أطعمنى واستعملنى ، ولدك يقول إلى من تتركنى ؟ » رواه أحمد والدارقطنى بإسناد صحيح وأخرجه الشيخان فى الصحيحين وأحمد من طريق آخر ، وجعلوا الزيادة المفسرة فيه من قول أبى هريرة . وقد حسن إسناده الحافظ بن حجر مع كونه من رواية عاصم عن أبى صالح ، وفى حفظ عاصم مقال

والحديث الذى أخرجه البخارى عن أبى هريرة لفظه قال « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أفضل الصدقة ما كان عن ظهر غنى واليد العليا خير من اليد السفلى وابدأ بمن تعول . تقول المرأة : اما أن تطعمنى واما أن تطلقنى ، ويقول العبد أطعمنى واستعملنى . ويقول الابن أطعمنى والى من تدعنى؟ قالوا ياأباهريرة سمعت هذا من رسول الله (ص) ؟ قال لا ، هذا من كيس أبى هريرة »

أما الأحكام : فإنه اذا كان الزوج موسراً فصار معسراً فإنه ينفق على زوجته نفقة المعسر ، ولا يثبت لها الخيار فى فسخ النكاح ، لأن بدنها يقوم بنفقة المعسر وان أعسر بنفقة المعسر كانت بالخيار بين أن تصبر وبين أن تفسخ النكاح ، وبه قال عمر وعلى وأبو هريره وابن المسيب والحسن البصرى وحماد بن أبى سلمة وربيعة ومالك وأحمد

وقال عطاء والزهرى والثورى وأبو حنيفة وأصحابه : لا يثبت لها الفسخ ، بل يرفع يده عنها لتكتسب . وحكاه المسعودى قولا آخر لنا . وليس بمشهور . دليلنا قوله تعالى « الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان » فخير الله الزوج بين الإمساك بالمعروف ، وهو أن يمسكها وينفق عليها ، وبين التسريح بإحسان . فإذا تعذر عليه الإمساك بمعروف تعين عليه التسريح

وروى أبو هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « اذا أعسر الرجل بنفقة امرأته يفرق بينهما » ولأنه روى ذلك عن عمر وعلى وأبى هريره ولا مخالف لهم فى الصحابة الا ما رواه صاحب الفتح عن الكوفيين من أنه يلزم المرأة الصبر وتتعلق النفقة بذمة الزوج . وحكاه فى البحر من كتب العترة عن عطاء والزهرى والثورى والقاسمية . وقالوا عن الاحاديث انها معتلة

وأما ما ورد فى الصحيحين من حديث أبى هريره فقالوا هو من قول أبى هريره كما وقع التصريح به منه حيث قال « انه من كيسه » أى من استنباطه من المرفوع وقد وقع فى رواية الأصيلى بفتح الكاف أى من فطنته

ونجيب عن ذلك بأن الاحاديث المذكوره يقوى بعضها بعضاً مع أنه لم يكن فيها قدح يوجب الضعف فضلا عن السقوط . والآيه « لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفساً الا ما آتاها » وكذا قولهم « وإذا أعسر ولم يجد سبباً يمكنه به تحصيل النفقه فلا تكليف عليه بدلالة الآيه » فيجاب عنه بأنا لم نكلفه النفقه حال اعساره ، بل دفعنا الضرر عن امرأته وخلصناها من حباله لتكتسب لنفسها أو يتزوجها رجل آخر .

واحتجوا بما فى صحيح مسلم من حديث جابر « أنه دخل أبو بكر وعمر على النبى صلى الله عليه وسلم فوجداه حوله نساؤه واجماً ساكناً وهن يسألنه النفقه ،

فقام كل منهما إلى ابنته أبو بكر إلى عائشة وعمر إلى حفصة فوجآ أعناقهما فاعتزلهن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد ذلك شهراً ، فضربهما لابنتيهما فى حضرته صلى الله عليه وسلم لأجل مطالبتهما بالنفقة التى لا يجدها يدل على عدم التفرقة لمجرد الإعسار عنها . قالوا ولم يزل الصحابة فيهم الموسر والمعسر ومعسروهم أكثر

ويجاب عن هذا بأن زجرهما عن المطالبة بما ليس عند رسول الله (ص) لا يدل على عدم جواز الفسخ لأجل الإعسار ، ولم يرو أنهن طلبنه ولم يُجَبْن اليه ، كيف ؟ وقد خيرهن صلى الله عليه وسلم بعد ذلك فاخترنه .

ومحل النزاع هل يجوز الفسخ عند الإعسار أم لا ؟ وقد أجيب عن هذا الحديث بأن أزواجه صلى الله عليه وسلم لم يعدمن النفقة بالكلية ، لأنه صلى الله عليه وسلم قد استعاذ من الفقر المدقع ، ولعل ذلك إنما كان فيما زاد على قوام البدن . قال الشوكانى فى نيل الأوطار : وظاهر الأدلة أنه يثبت الفسخ للمرأة بمجرد عدم وجدان الزوج لنفقتها بحيث يحصل عليها ضرر من ذلك . اه

إذا ثبت هذا فإن كان لا يجد إلا نفقة يوم بيوم لم يثبت لها الخيار فى الفسخ لأنه قادر على الواجب عليه ، وإن كان لا يجد فى أول النهار إلا مايغديها ووجد فى آخره ما يعشيها فهل يثبت لها الفسخ ؟ فيه وجهان حكاهما المصنف

(أحدهما) يثبت لها الفسخ لأن نفقة اليوم لا تتبعض

(والثانى) لا يثبت لها الفسخ لأنها تصل إلى كفايتها . وإن كان يجد نفقة يوم ولا يجد نفقة يوم ثبت لها الفسخ لأنها لا يمكنها الصبر على ذلك . فهو كما لم يجد كل يوم الا نصف مد

(فرع) وإن كان نساجا ينسج فى كل أسبوع ثوباً تكفيه أجرته الأسبوع لم يثبت لها الفسخ ، لأنه يستطيع أن يستقرض لهذه الايام ما تقتضيه لنفقتها فلا تنقطع به النفقة عليها ، لأن الأجر اذا كان يكفيه وحده بدونها فإنه يستطيع أن يقترض كما قررنا فلا يثبت لها الفسخ .

وان كانت نفقته بالعمل فعجز عنه بمرض — فإن كان مرضاً يرجى زواله باليومين والثلاثة لم يثبت لها الفسخ لأنه لم يلحقها الضرر. وإن كان له مال غائب — فإن كان على مسافة لا تقصر فيها الصلاة — لم يجز لها الفسخ والا ثبت لها

الفسخ لما ذكرناه فى المرض وان كان له دين على ملىء لم يثبت لها الفسخ كما قلنا فى الزكاة اذا كان بعض النصاب دين على ملىء وجب على الدائن الزكاة فيه ، لأن يسار الغريم كيساره ، واعساره كإعساره فى تيسير النفقة واعسارها

(فرع) وان علمت المرأة بإعسار الرجل بالنفقة فتزوجته ثبت لها الفسخ . لأنه قد يكتسب بعد العقد أو يقترض أو يتهب ، فلما جاز أن يعتبر حاله لم يلزمها حكم علمها به ، وان تزوجته مع علمها به بإعساره بالمهر فهل يثبت لها الفسخ ؟ فيه وجهان (أحدهما) يثبت لها الفسخ كالنفقة (والثانى) لا يثبت لها الفسخ لأنها رضيت بتأخيره لأنه معسر به بخلاف النفقة فإنها تجب بعد العقد .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

﴿ فصل ﴾ وان كان الزوج موسراً وامتنع من الإنفاق لم يثبت لها الفسخ لأنه يمكن الاستيفاء بالحاكم . وان غاب وانقطع خبره لم يثبت لها الفسخ ، لأن الفسخ يثبت بالعيب بالإعسار ، ولم يثبت الإعسار . ومن أصحابنا من ذكر فيه وجهاً آخر أنه يثبت لها الفسخ لأن تعذر النفقة بانقطاع خبره كتعذرها بالإعسار

(فصل) اذا ثبت لها الفسخ بالإعسار واختارت المقام معه ثبت لها فى ذمته ما يجب على المعسر من الطعام والادم والكسوة ونفقة الخادم ، فإذا أيسر طولب بها لأنها حقوق واجبة عجز عن أدائها ، فإذا قدر طولب بها كسائر الديون، ولا يثبت لها فى الذمة ما لا يجب على المعسر من الزيادة على نفقة المعسر لأنه غير مستحق .

(فصل) وان اختارت المقام بعد الإعسار لم يلزمها التمكين من الاستمتاع ولها أن تخرج من منزله ، لأن التمكين فى مقابلة النفقة ، فلا يجب مع عدمها . وان اختارت المقام معه على الاعسار ثم عنّ لها أن تفسخ فلها أن تفسخ ، لأن النفقة يتجدد وجوبها فى كل يوم فتجدد حق الفسخ . وان تزوجت بفقير مع العلم بحاله ثم أعسر بالنفقة فلها أن تفسخ ، لأن حق الفسخ يتجدد بالاعسار بتجدد النفقة .

(فصل) وان اختارت الفسخ لم يجز الفسخ الا بالحاكم لأنه فسخ مختلف

فيه فلم يصح بغير الحاكم كالفسخ بالعنين، وفى وقت الفسخ قولان ، أحدهما أن لها الفسخ فى الحال ، لأنه فسخ لتعذر العوض فثبت فى الحال كفسخ البيع بإفلاس المشترى بالثمن . الثانى أنه يمهل ثلاثة أيام لأنه قد لا يقدر فى اليوم ويقدر فى غد ولا يمكن إمهاله أبداً لأنه يؤدى إلى الإضرار بالمرأة والثلاث فى حد القلة فوجب إمهاله . وعلى هذا لها أن تخرج فى هذه الأيام من منزل الزوج ، لأنها لا يلزمها التمكين من غير نفقة .

(الشرح) الأحكام : إذا كان الزوج موسراً حاضراً ، فطالبته بنفقتها فمنعها إياها لم يثبت لها الفسخ ، لأنه يمكنها التوصل الى استيفاء حقها بالحكم . وفيه وجه آخر حكاه المسعودى أنه يثبت لها الفسخ ، لأن الضرر يلحقها بمنعه النفقة فهو كالمعسر ، وليس بشىء لأن العسرة عيب

وإن غاب عنها الزوج وانقطع خبره ولا مال له ينفق عليها منه فهل يثبت لها الفسخ ؟ فيه وجهان (أحدهما) يثبت كتعذرها بالإعسار (والثانى) وهو قول الشيخ أبى حامد أنه لا يثبت لها الفسخ ، لأن الفسخ إنما يثبت بالاعسار بالنفقة ولم يثبت إعساره .

(فرع) إذا ثبت اعسار الزوج وخيرت بين ثلاثة أشياء : بين أن تفسخ النكاح وبين أن تقيم معه وتمكنه من الاستمتاع بها ويثبت لها فى ذمته مايجب على المعسر من النفقة والادم والكسوة ونفقة الخادم الى أن يوسر، وبين أن يقيم على النكاح ولكن لا يلزمها أن تمكنه من نفسها ، بل تخرج من منزله ، لأن التمكين انما يجب عليها ببذل النفقة ، ولا نفقة هناك ، ولا تستحق فى ذمته نفقة فى وقت انفرادها عنه ، لأن النفقة انما تجب فى مقابلة التمكين من الاستمتاع ولا تمكين منها له . فإن اختارت المقام معه ثم عن لها أن تفسخ النكاح كان لها ذلك ، لأن وجوب النفقة لها يتجدد ساعة بساعة ويوماً بيوم ، فإذا عفت عن الفسخ لوجوب نفقة وقتها ورضيت به تجدد لها الوجوب فيما بعد فثبت لها الفسخ بخلاف العنين اذا أعسر به فرضيت بالمقام معه ، فإن خيارها يسقط لأنه يجب دفعة واحدة ولا يتجدد وجوبه

وإن اختارت الفسخ قال الطبرى فى العدة : قولان . أحدهما قال : ولم يذكر الشيخ أبو حامد غيره : إنها لا تفسخ بنفسها ، بل ترفع الأمر إلى الحاكم حتى يأمره بالطلاق أو يطلق عليه — لأنه موضع اجتهاد واختلاف — فكان إلى الحاكم كالفسخ بالعنة ، والثانى أنها تفسخ بنفسها كالمعتقة تحت عبد . وهل يؤجل ؟ فيه قولان

(أحدهما) لا يؤجل لأن الفسخ للاعسار وقد وجد الاعسار فثبت الفسخ فى الحال كالعيب فى الزوجين

(والثانى) يؤجل ثلاثة أيام لأن المكتسب قد ينقطع كسبه ثم يعود والثلاث فى حد القلة فوجب إنظاره ثلاثاً ولا يلزمها المقام معه فى هذه الثلاث فى منزله ، لأنه لا يلزمها التمكين من غير نفقة ، فإذا قلنا بهذا فوجد فى اليوم الثالث نفقتها وتعسرت عليه النفقة فى اليوم الرابع فهل يجب أن يستأنف له إمهال ثلاثة أيام؟ فيه وجهان (أحدهما) يجب لأن العجز الاول ارتفع (والثانى) لا يجب لانها تستضر بذلك .

(فرع)

وإن كانت الزوجة صغيرة أو مجنونة فأعسر زوجها بالنفقة لم يكن لوليها أن يفسخ النكاح ، لان ذلك يتعلق بشهوتها واختيارها ، والولى لا ينوب عنها فى ذلك ، وان زوج الرجل أمته من رجل فأعسر الزوج بنفقتها . فإن كانت الزوجة معتوهة أو مجنونة قال ابن الحداد فلا يثبت الفسخ للسيد ، لان الخيار اليها وليست من أهل الخيار فلا ينوب عنها السيد فى الفسخ كما لو عنّ الزوج عنها ويلزم السيد أن ينفق عليها ان كان موسراً بحكم الملك ، وتكون نفقتها فى ذمة زوجها الى أن يوسر ، فإذا أيسر قال القاضى أبو الطيب : فإنها تطالب زوجها بها فإذا قبضتها أخذها السيد منها لأنها لا تملك المال ، وحاجتها قد زالت بإنفاق السيد عليها . قال ابن الصباغ : وهذا فيه نظر ، لأن الأمة اذا كانت لا تملك العين فكذلك الدين ، فيجب أن يكون ما ثبت من الدين للسيد وله المطالبة به دونها .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) اذا وجد التمكين الموجب للنفقة ولم ينفق حتى مضت مدة صارت النفقة ديناً فى ذمته ولا تسقط بمضى الزمان ، لانه مال يجب على سبيل البدل فى عقد معاوضة فلا يسقط بمضى الزمان كالثمن والاجرة والمهر ، ويصح ضمان ما استقر منها بمضى الزمان ، كما يصح ضمان سائر الديون

وهل يصح ضمانها قبل استقرارها بمضى الزمان ؟ فيه قولان بناء على القولين فى النفقة هل تجب بالعقد أو بالتمكين؟ فيه قولان . قال فى الجديد تجب بالتمكين وهو الصحيح ، لانها لو وجبت بالعقد لملكت المطالبة بالجميع كالمهر والاجرة .

وعلى هذا لا يصح ضمانها لانه ضمان ما لم يجب

وقال فى القديم : تجب بالعقد لانها فى مقابلة الاستمتاع والاستمتاع يجب بالعقد فكذلك النفقة ، وعلى هذا يصح أن يضمن منها نفقة موصوفة لمدة معلومة

(فصل) اذا اختلف الزوجان فى قبض النفقة فادعى الزوج أنها قبضت وأنكرت الزوجة فالقول قولها مع يمينها لقوله عليه السلام « اليمين على المدعى عليه » ولان الاصل عدم القبض .

وان مضت مدة لم ينفق فيها وادعت الزوجة أنه كان موسراً فيلزمه نفقة الموسر ، وادعى الزوج أنه كان معسراً فلا يلزمه الا نفقة المعسر نظرت — فإن عرف له مال — فالقول قولها — لان الاصل بقاؤه ، وان لم يعرف له مال قبل ذلك فالقول قوله لان الاصل عدم المال .

وان اختلفا فى التمكين فادعت المرأة أنها مكنت وأنكر الزوج فالقول قوله لان الاصل عدم التمكين وبراءة الذمة من النفقة ، وان طلق زوجته طلقة رجعية وهى حامل فوضعت واتفقا على وقت الطلاق واختلفا فى وقت الولادة فقال الزوج طلقتك قبل الوضع فانقضت العدة فلا رجعة لى عليك ولا نفقة لك علىّ . وقالت المرأة بل طلقتنى بعد الوضع فلك علىّ الرجعة ولى عليك النفقة ، فالقول قول الزوج أنه لا رجعة لى عليك ، لانه حق له فقبل اقراره فيه . والقول قول المرأة فى وجوب العدة لانه حق عليها فكان القول قولها ، والقول قولها مع يمينها فى وجوب النفقة ، لان الاصل بقاؤها . والله أعلم

(الشرح) الأحكام : نفقة الزوجة لا تسقط بمضى الزمان ، فإذا مكنت المرأة الزوج من نفسها زماناً ولم ينفق عليها وجبت لها نفقة ذلك الزمان ، سواء فرضها الحاكم أو لم يفرضها ، وبه قال مالك وأحمد .

وقال أبو حنيفة : يسقط عنه إلا أن يفرضها الحاكم . دليلنا أنه حق يجب مع اليسار والإعسار فلا يسقط بمضى الزمان كالدين . وفيه احتراز من نفقة الآقارب — فإن أعسر الزوج بنفقة ما مضى — لم يثبت لها الفسخ ، لأن الفسخ جعل ليرجع اليها ما فى مقابلة النفقة ، والنفقة للزمان الماضى فى مقابلة تمكين قد مضى . فلو فسخت النكاح لأجلها لم يرجع اليها ما فى مقابلتها ، فهو كما لو أفلس المشترى والمبيع بألف ، فإنه لا يثبت للبائع الرجوع الى المبيع . وإن أبرأت الزوج عنها صحت براءتها ، لأنه دين معلوم فصحت البراءة منه كسائر الديون .

(فرع) إذا تزوج الرجل امرأة ومكنته من نفسها زماناً ثم اختلفا فى النفقة فادعى الزوج أنه قد أنفق عليها ، وقالت لم ينفق على ولا بينة للزوج فالقول قول الزوجة مع يمينها، سواء كان الزوج معها أو غائباً عنها ، وبه قال أبو حنيفة وأحمد وقال مالك إن كان الزوج غائبا عنها فالقول قولها ، وإن كان حاضراً معها فالقول قول الزوج مع يمينه ، لأن الظاهر أنها لا تسلم نفسها اليه إلا بعد أن تتسلم النفقة وهكذا قال فى الصداق

ودليلنا قوله صلى الله عليه وسلم « البينة على المدعى واليمين على من أنكر » والزوجه تنكر القبض فكان القول قولها ، ولأنهما زوجان اختلفا فى قبض النفقه فكان القول قولها ، كما لو سلمت نفسها والزوج غائب

وإن سلمت نفسها اليه زماناً ولم ينفق عليها فيه أو أنفق عليها فيه نفقة معسر وادعت أنه كان موسراً فيه ، وادعى أنه كان معسرا ولا بينة لها على يساره ذلك الوقت ، فإن عرف له مال قبل ذلك فالقول قولها مع يمينها ، لأن الاصل بقاء المال ، وان لم يعرف له مال فالقول قوله مع يمينه لأن الاصل عدم اليسار

(فرع) إن ادعت الزوجه أنها مكنت الزوج من نفسها وأنكر فالقول قوله مع يمينه ، لأن الاصل عدم التمكين

وإن طلق امرأته طلقة رجعيه وولدت واتفقا على وقت الطلاق واختلفا فى

الولادة فقال الزوج ولدت بعد الطلاق فلا رجعة لى ولا نفقه لك، وقالت المرأة بل ولدت قبل الطلاق فلى العدة ولك الرجعه ولى عليك النفقه فلا رجعة للزوج لأنه أقر بسقوط حقه منها وله أن يتزوج بأختها وبأربع سواها ، وعلى الزوجه العدة لأنها مقرة بوجوبها عليها ، وتحلف المرأة أنها ولدت قبل أن يطلقها وتستحق النفقه لأنهما اختلفا فى وقت ولادتها وهى أعلم بها ، ولأنهما اختلفا فى سقوط النفقه والاصل بقاؤها حتى يعلم سقوطها ، والله أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب نفقة المعتدة

اذا طلق امرأته بعد الدخول طلاقا رجعياً وجب لها السكنى والنفقه فى العدة لأن الزوجيه باقيه والتمكين من الاستمتاع موجود ، فإن طلقها طلاقاً بائنا وجب لها السكنى فى العدة ، حائلا كانت أو حاملا ، لقوله عز وجل « أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ، ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن »

وأما النفقه فإنها ان كانت حائلا لم تجب ، وان كانت حاملا وجبت لقوله عز وجل « وان كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن » فأوجب النفقه مع الحمل ، فدل على أنها لا تجب مع عدم الحمل ، وهل تجب النفقه للحمل ؟ أو للحامل بسبب الحمل ؟ فيه قولان

قال فى القديم تجب للحمل لأنها تجب بوجوده وتسقط بعدمه

وقال فى الام تجب للحامل بسبب الحمل وهو الصحيح — لأنها لو وجبت للحمل لتقدرت بكفايته ، وذلك يحصل بما دون المد

فإن قلنا تجب للحمل لم تجب الا على من تجب عليه نفقة الولد ، فإن كانت الزوجه أمة والزوج حراً وجبت نفقتها على مولاها ، لأن الولد مملوك له . وان قلنا تجب النفقه للحامل وجبت على الزوج ، لأن نفقتها تجب عليه وان كان الزوج عبداً وقلنا ان النفقة للحامل وجبت عليه . وان قلنا تجب للحمل لم تجب لأن العبد لا يلزمه نفقة ولده

﴿ فصل ﴾ إذا وجبت النفقة للحمل أو للحامل بسبب الحمل ففى وجوب الدفع قولان (أحدهما) لا يجب الدفع حتى تضع الحمل لجواز أن يكون ريحا فانفش ، فلا يجب الدفع مع الشك (والثانى) يجب الدفع يوما بيوم ، لأن الظاهر وجود الحمل ، ولانه جعل كالمتحقق فى منع النكاح وفسخ البيع فى الجارية المبيعة والمنع من الاخذ فى الزكاة ووجوب الدفع فى الدية فجعل كالمتحقق فى دفع النفقه فإن دفع اليها ثم بان أنه لم يكن بها حمل — فإن قلنا تجب يوما بيوم — فله أن يرجع عليها لأنه دفعها على أنها واجبه ، وقد بان أنها لم تجب فثبت له الرجوع . وان قلنا انها لا تجب الا بالوضع ، فإن دفعها بأمر الحاكم فله أن يرجع لانه اذا أمره الحاكم لزمه الدفع فثبت له الرجوع ، وان دفع من غير أمره فإن شرط أن ذلك عن نفقتها ان كانت حاملا فله أن يرجع لانه دفع عما يجب وقد بان أنه لم يجب . وان لم يشرط لم يرجع لان الظاهر أنه متبرع

(الشرح) الأحكام : إذا طلق امرأته بعد الدخول طلاقا رجعياً فإنها تستحق على الزوج جميع ما تستحق الزوجة إلا القسم إلى أن تنقضى عدتها ، وهو إجماع وإن كان الطلاق بائنا وجب لها السكنى حائلا كانت أو حاملا . وأما النفقة فإن كانت حائلا لم يجب لها . وان كانت حاملا وجبت . وقال ابن عباس وجابر : لا سكنى للبائن وبه قال أحمد وإسحاق . وقال أبو حنيفة تجب النفقة للبائن سواء كانت حاملا أو حائلا .

ودليلنا قوله تعالى « أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن ، وان كن أولات حمـــل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن » فأوجب السكنى للمطلقات بكل حال ، وأوجب لهن النفقة بشرط ان كن أولات حمل . فدل على أنهن إذا لم يكن أولات حمل لا نفقة لهن .

وروى أن فاطمة بنت قيس طلقها زوجها ثلاثاً وهو غائب بالشام فحمل اليها وكيله كفا من شعير فسخطته ، فقال لها لا نفقة لك إلا أن تكونى حاملا ، إنما هو متطوع عليك ، فأتت النبى صلى الله عليه وسلم فأخبرته بذلك فقال لها لا نفقة لك الا أن تكونى حاملا ، واعتدى عند أم شريك

اذا ثبت هذا فهل تجب النفقة للحمل أو للحامل لأجل الحمل ؟ فيه قولان .
(أحدهما) أنها تجب للحمل لأنها تجب عليه بوجوده ولا تجب عليه مع عدمه فدل على أنها تجب له .
(والثانى) أنها تجب للحامل لأجل الحمل وهو الأصح ، لأنه تجب عليه نفقة الزوجة مقدرة . ولو وجبت للحمل لتقدرت بقدر كفايته كنفقة الاقارب . والجنين يكتفى بدون المد .
وان تزوج الحر أمة فطلقها طلاقا بائنا وهى حامل ، فإن قلنا ان النفقة تجب للحمل لم تجب عليه النفقة لأن ولده منها مملوك لسيدها ، ونفقة المملوك على سيده . وان قلنا ان النفقة للحامل وجب على الزوج نفقتها ، وان تزوج العبد بحرة أو أمة فأبانها وهى حامل — فإن قلنا ان النفقة للحمل — لم تجب عليه النفقة ، لأن ولده من الامة مملوك لسيد الامة ، وولده من الحرة لا تجب عليه نفقته لان العبد لا تجب عليه نفقة ولده ولا والده ، وان قلنا ان النفقة للحامل وجبت عليه النفقة . وان كان الحمل غنيا وقلنا ان النفقة للحمل فهل تجب على أبيه ؟ فيه وجهان حكاهما القاضى فى كتاب الخناثى
قال الشاشى من أصحابنا : ويصح ابراء الزوجة عنها على القولين .
وان طلق امرأة طلاقا بائنا وهى حامل فارتدت الزوجة فقد قال ابن الحداد تسقط نفقتها ، فمن أصحابنا من وافقه وقال تسقط نفقتها قولا واحدا لأنها تتعلق بمصلحتها وهى المستحقة لها فسقطت بردتها .
ومنهم من خالفه وقال : اذا قلنا ان النفقه للحامل سقطت بردتها ، وان قلنا ان النفقة للحمل فلا تسقط بردتها لان الحمل محكوم بإسلامه فلا يسقط حقه بردتها وان أسلمت الزوجة وتخلف الزوج فى الشرك فعليه نفقتها الى أن تنقضى عدتها حائلا كانت أو حاملا ، فمن أصحابنا من وافقه ومنهم من خالفه وقال : هذا اذا قلنا ان النفقة للحامل . فأما اذا قلنا ان النفقة للحمل وجبت له النفقة ، لانه محكوم بإسلامه .
وان مات الزوج قبل وضع الحمل وخلف أبا فقد قال أبو اسحاق المروزى تسقط النفقة لانه محكوم بإسلامه ، وان مات الزوج قبل وضع الحمل وخلف أبا

فقد قال أبو حامد إذا قلنا ان النفقة تجب للحمل أوجبت على جده ، لأنه تجب عليه نفقة ولده .

(مسألة) إذا طلق امرأته وهى حامل فهل يجب عليه أن يدفع اليها النفقة يوما بيوم أو لا يجب عليه الدفع حتى تضع ؟ فيه قولان (أحدهما) لا يجب عليه دفع النفقة حتى تضع ، فإذا وضعت الولد وجب عليه دفع نفقتها لما مضى لأنه لا يجب عليه الدفع بالشك والحمل غير متحقق الوجود قبل الوضع ، بل يجوز أن يكون ريحا فينفش .

والقول الثانى : أنه يجب عليه أن يدفع اليها نفقة يوم بيوم وهو الاصح ، لقوله تعالى « وان كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن » فأمرنا بالانفاق عليهن حتى يضعن حملهن ، وهذا يقتضى وجوب الدفع ، ولأن للحمل أمارات وعلامات ، فإذا وجدت تعلق الحكم بها فى وجوب دفع النفقة ، كما تعلق الحكم بها فى منع أخذ الحمل فى الزكاة ، وفى جواز رد الجارية المبيعة ، وفى منع وطء الجارية المسبية والمشتراة وفى جواز أخذ الخلفة فى الدية

فإذا قلنا لا يجب الدفع حتى تضع لم تحتج الى علامة وأمارة بل تعتد ، فإذا وضعت ولداً يجوز أن يكون منه لزمه أن يدفع اليها النفقة من حين الطلاق الى حين الوضع ، فإن ادعت أنها وضعت وصدقها فلا كلام . وان كذبها فعليها أن تقيم البينة على الوضع شاهدين أو شاهداً وامرأتين أو أربع نسوة ، لانه يمكنها اقامة البينة على ذلك .

وان قلنا يجب عليه أن يدفع اليها نفقة كل يوم بيوم فادعت أنها حامل فان صدقها الزوج وجب عليه أن يدفع اليها نفقة كل يوم من وقت الطلاق الى حين الحكم بقولهن انها حامل دفعة واحدة ، ووجب عليه أن يدفع اليها نفقة كل يوم بيوم من حين الحكم بقولهن الى حين الوضع

ولو سألته أن يحلف لها ما يعلم أنها حامل ؛ فالذى يقتضى المذهب أنه يلزمه أن يحلف لجواز أن يخاف من اليمين فيقر أنها حامل أو ينكل عن اليمين فيرد عليها فاذا حلفت وجب عليه الدفع ، لأن يمينها مع نكوله كإقراره فى أحد القولين ، وكبينة يقيمها فى القول الآخر . والجميع يجب به الدفع

(فرع) فإن طلقها طلاقا بائنا فقال القوابل إن بها حملا فأنفق عليها فبان أنه لا حمل بها ، أو ولدت ولداً لا يجوز أن يكون منه — فان قلنا إنه يجب عليه أن يدفع اليها نفقة كل يوم بيوم كان له أن يرجع عليها بما دفع اليها من النفقة سواء دفعه بأمر الحاكم أو بغير أمره ، وسواء شرط أنه نفقة أو أطلق ، لأنه دفع اليها النفقة على أنها واجبة عليه ، وقد بان أنه لا نفقة عليه لها

وإن قلنا إنه لا يجب عليه الدفع إلا بعد الوضع نظرت — فان كان قد دفع اليها بحكم الحاكم — كان له الرجوع ، لأن الحاكم أوجب عليه الدفع وقد بان أنها لم تكن واجبة عليه ، وإن دفعها بغير حكم الحاكم ، فان كان قد شرط أن ذلك عن نفقتها ان كانت حاملا ، فله أن يرجع عليها لأنه بان أنها ليست بحامل ولا نفقة عليه . وإن دفعها من غير شرط لم يرجع عليها بشيء ، لأن الظاهر أنه تطوع بالإنفاق عليها .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) فان تزوج امرأة ودخل بها ثم انفسخ النكاح برضاع أو عيب ، وجب لها السكنى فى العدة . وأما النفقة فانها — إن كانت حائلا — لم تجب : وإن كانت حاملا وجبت ، لانها معتدة عن فرقة فى حال الحياة ، فكان حكمها فى النفقة والسكنى ما ذكرناه كالمطلقة .

وإن لاعنها بعد الدخول — فان لم ينف الحمل — وجبت النفقة ، وان نفى الحمل لم تجب النفقة ، لان النفقة تجب فى أحد القولين للحمل . والثانى تجب لها بسبب الحمل والحمل منتف عنه فلم تجب بسببه نفقة . وأما السكنى ففيها وجهان (أحدهما) تجب لانها معتدة عن فرقة فى حال الحياة ، فوجب لها السكنى كالمطلقة (والثانى) لا تجب لما روى ابن عباس رضى الله عنه « أن النبى صلى الله عليه وسلم قضى أن لا تثبت لها » من أجل أنهما يفترقان من غير طلاق ولا متوفى عنها زوجها . ولانها لم تحصن ماءه فلم يلزمه سكناها

(الشرح) حديث ابن عباس رواه البزار « أن رجلا طلق امرأته فجاءت الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : لا نفقة لك ولا سكنى »
قال الهيثمى فى مجمع الزوائد : وفيه ابراهيم بن اسماعيل بن أبي حبيبة وهو متروك
أما الاحكام فقد قال الشافعي : وان كان يملك رجعتها فلم تعتد بثلاث حيض أو كان حيضها مختلفا فيطول ويقصر لم أجعل لها إلا الاقصر . اه
واختلف أصحابنا فى تأويلها ، فقال أبو إسحاق تأويلها هو أن يطلق امرأته طلاقا رجعيا فأنفق عليها وظهر بها حمل فى العدة ، ووضعت لأكثر من أربع سنين من وقت الطلاق — فان قلنا انه يلحقه — فعليه نفقتها الى أن وضعت فلا كلام . وان قلنا انه لا يلحقه وينتفى عنه بغير لعان فانها لا تكون معتدة به عنه ولا نفقة عليه لها مدة حملها ، وانما عدتها بالاقراء ، وتسأل من أين الحمل ؟ فان قالت هو من غيره بشبهة أو زنا قلنا لها أى وقت حملت به ؟ فان قالت بعد انقضاء عدتى بالاقراء على الاول فعلى الاول نفقتها مدة عدتها بالاقراء لا غير . وان قالت حملت به بعد أن مضى من عدته قرء ان كان على الزوج نفقتها مدة عدتها فى القرءين قبل الحمل ، ومدة عدتها بالقرء الثالث بعد الحمل
وان قالت هذا الولد من هذا الزوج وطئنى فى عدتى ، أو راجعنى ثم وطئنى فان أنكرها حلف ، لان الاصل عدم ذلك ، فاذا حلف بطل أن تعتد بالحمل منه وقلنا له فسر أنت كيف اعتدت منك ، فان قال حملت به قبل أن يمضى لها شيء من الاقراء فانها تعتد بثلاثة أقراء عنه بعد الوضع ولها عليه نفقة ذلك الوقت .
وان قال انقضت عـــدتها منى بالاقراء ثم حملت به بعد ذلك فقد اعترف أنها اعتدت عنه بالاقراء ، فان كان حيضها لا يختلف فلا نفقة مدة ثلاثة أقراء ، وان كان حيضها يختلف فتارة تمضى أقراء فى سنة وتارة فى ستة أشهر وتارة فى ثلاثة أشهر واختلفا فى عدتها كان لها نفقة ثلاثة أشهر لانه اليقين
ومن أصحابنا من قال : تأويلها أن يطلقها طلاقا رجعيا ، وأتت بولد لأكثر من أربع سنين من وقت الطلاق وقلنا لا يلحقه — فان عـدتها بالاقراء عنه ، فيرجع اليها كيف الاعتـــداد منها بالاقراء ، فاذا ذكرت — فان كان حيضها

لا يختلف — كانت لها نفقة ثلاثة أقراء ، وإن كان يختلف فيطول ويقصر لم يكن لها إلا نفقة الاقصر لأنه اليقين . وبهذا قال أحمد

ومن أصحابنا من قال: تأويلها إذا طلقها طلاقا رجعيا-وحكمنا لها بالنفقة وأتت بولد لأكثر من أربع سنين من وقت الطلاق — وقلنا لا يلحقه وكانت تحيض على الحمل ، وقلنا إنه حيض — فانها تعتد عنه بالاقراء الموجودة على الحمل ، فان كان حيضها لا يختلف فلها نفقة ثلاثة أقراء . وإن كان يختلف لم يكن لها إلا نفقة الاقصر لانه اليقين .

قال العمرانى فى البيان : وهذا ضعيف جداً وعلل ذلك بأنها على هذا القول يكون لها نفقة الاقراء على الحمل طالت أو قصرت

ومن أصحابنا من قال : تأويلها إذا طلقها طلاقا رجعيا فذكرت أن حيضها ارتفع بغير عارض ، فانها تتربص على ما مضى ، فاذا زعمت أن حيضها ارتفع بغيرعارض فقداعترفت بتحقيق حق لها وهوالعدة والرجعة فيقبل قولها فيه ،وحق لها وهو النفقة فلا يقبل قولها فيه بل يجعل لها نفقة الاقصر لانه اليقين والتأويل الاول أصح

فأما إذا طلقها طلاقاً فظهر بها أمارات الحمل فأنفق عليها ثم بان أنه لم يكن حملا وإنما كان ريحا فانفش فانه يسترجع نفقة ما زاد على ثلاثة أقراء ، فيقال لها كم كانت مدة أقرائك — فان أخبرت بذلك — كان القول قولها مع يمينها

وإن قالت : لا أعلم فى كم انقضت عدتى إلا أن عادتى فى الحيض كذا وعادتى فى الطهر كذا حسبنا ذلك ورجع الزوج بنفقة ما بعد ذلك .

وإن قالت : حيضى يختلف ولا أعلم قدر الثلاثة الاقراء نظرنا الى أقل ماتذكره من الحيض والطهر فحسبنا لها ثلاثة أقراء ورجع عليها بما زاد على ذلك وان قالت لا أعلم قدر حيضى وطهرى ، فحكى ابن الصباغ أن الشافعى قال ، جعلنا الاقراء ثلاثه أشهر لان ذلك هو الغالب فى النساء ورجع بالباقى

(فرع) قال أبو اسحاق المروزى « ولا يجب للبائن الكسوة ، وان وجبت لها النفقة » والله أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن نكح امرأة نكاحا فاسداً ودخل بها وفرق بينهما لم تجب لها السكنى ، لأنها إذا لم تجب مع قيام الفراش واجتماعهما على النكاح ، فلأن لا تجب مع زوال الفراش والافتراق أولى ، وأما النفقة فانها إن كانت حائلا لم تجب لأنها إذا لم تجب فى العدة عن نكاح صحيح فلأن لا تجب فى العدة عن النكاح الفاسد أولى وإن كانت حاملا فعلى القولين ، إن قلنا ان النفقة للحامل لم تجب ، لأن حرمتها فى النكاح الفاسد غير كاملة ، وان قلنا انها تجب الحمل وجبت ، لأن الحمل فى النكاح الفاسد كالحمل فى النكاح الصحيح

(فصل) وان كانت الزوجة معتدة عن الوفاة لم تجب لها النفقة ، لأن النفقة انما تجب للتمكن من الاستمتاع ، وقد زال التمكين بالموت أو بسبب الحمل ، والميت لا يستحق عليه حق لأجل الولد ، وهل تجب لها السكنى ؟ فيه قولان .

(أحدهما) لا تجب ، وهو اختيار المزنى ، لأنه حق يجب يوماً بيوم فلم تجب فى عدة الوفاة كالنفقة

(والثانى) تجب ، لما روت فريعة بنت مالك أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « اعتدى فى البيت الذى أتاك فيه وفاة زوجك ، حتى يبلغ الكتاب أجله أربعة أشهر وعشراً » ولأنها معتدة عن نكاح صحيح فوجب لها السكنى كالمطلقة .

(الشرح) حديث فريعة بنت مالك مضى فى العدد تخريجه . قال ابن عبدالبر فى الاستيعاب: فريعة بنت مالك بن سنان أخت أبى سعيد الخدرى ، كان يقال لها الفارعة شهدت بيعة الرضوان ، وأمها أم حبيبة بنت عبد الله بن أبى بن سلول . روت عن الفريعة هذه زينب بنت كعب بن عجرة حديثها فى سكنى المتوفى عنها زوجها فى بيتها حتى يبلغ الكتاب أجله . استعمله أكثر فقهاء الامصار اه

أما الاحكام فقد قال الشافعى رضى الله عنه وكل ما وصفنا من متعة أو نفقة أو سكنى فليست الا فى نكاح صحيح

وجملة ذلك أنه اذا تزوج امرأة تزويجاً فاسداً ، كالنكاح بلا ولى ولا شهود

أو فى عدتها فانه يفرق بينهما . فان كان قبل الدخول فانه لا يتعلق بالنكاح حكم وان كان بعد الدخول فلها مهر المثل ، وعليها العدة ولا سكنى لها ؛ لأن السكنى تجب عن نكاح صحيح ولا نكاح ههنا .

وأما النفقة فان كانت حائلا فلا نفقة لها ، لأنه اذا لم تجب النفقة للبائن الحائل فى النكاح الصحيح فلأن لا تجب لها فى النكاح الفاسد أولى . وان كانت حاملا — فان قلنا ان النفقة تجب للحامل — لم تجب لهاههنانفقة لان النفقة انما تجب عن نكاح صحيح له حرمة ، وهذا النكاح لا حرمة له . وان قلنا ان النفقة للحمل وجب لها النفقة ، لأن هذا الولد لاحق به ، فهو كما لو حملت منه فى نكاح صحيح .

وأما اذا وقع النكاح صحيحا ثم انفسخ برضاع أو عيب بعد الدخول فانه يجب عليها العدة . قال الشيخ أبو اسحاق و يجب لها السكنى فى العدة

وأما النفقة — فان كانت حائلا — لم تجب وان كانت حاملا وجبت لأنها معتدة عن فرقة فى حال الحياة ، فكان حكمها ما ذكرناه كالطلاق . وقال الشيخ أبو حامد وابن الصباغ ، حكمها فى السكنى والنفقة حكم النكاح الفاسد ، لان حكم النكاح الذى ينفسخ بعد الدخول حكم النكاح الذى يقع فاسداً

(فرع) وان قذف امرأته وهى حامل ونفى حملها فلاعنها انفسخ النكاح بينهما فاعتدت بوضع الحمل ولا نفقة لها فى حال العدة ، لأن النفقة للحمل فى أحد القولين ولها لأجل الزوجية فى الثانى والحمل غير لاحق به فلم تجب لها النفقة ، وهل تجب لها السكنى ؟

حكى القاضى أبو الطيب والشيخ أبو اسحاق فيه وجهين (أحدهما) لا يجب لها السكنى لما روى ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى فى المتلاعنين أن يفرق بينهما ولا يجتمعان أبداً ولا نفقة لها ولا بيت لأنهمايفترقان بغير طلاق (والثانى) أن لها السكنى . قال ابن الصباغ ولم يذكر الشيخ أبو حامد غيره ، لانها معتدة عن فرقة فى حال الحياة فهى كالمطلقة . قال ابن الصباغ : وقد ذكرنا فيما مضى أن الفسخ الطارىء بمنزلة النكاح الفاسد ، وهذا فسخ ، وايجاب السكنى يناقضه ، غير أنه يتعلق بقول الزوج ، فجرى مجرى قطع النكاح بغير الطلاق .

وكما قلنا فى الخلع إذا قلنا إنه فسخ . وإن لاعنها ولم ينف الحمل قال الشيخ أبو إسحاق هنا وجبت لها النفقة . وإن أبان زوجته بالثلاث وبالخلع وظهر بها حمل فنفاه — وقلنا يصح لعانه قبل الوضع فلاعن — سقطت عنه النفقة ، وهل يسقط عنه السكنى — ان قلنا للملاعنة السكنى فى التى قبلها — فههنا أولى . وإن قلنا فى التى قبلها : لا سكنى لها قال القاضى أبو الطيب : احتمل ههنا وجهين . (أحدهما) لها سكنى لأنها اعتدت عن الطلاق (والثانى) لا سكنى لها لأن نفقتها سقطت لأجل اللعان فكذلك السكنى، فإن أكذب الزوج بعد اللعان لحقه نسب الولد وكان عليه النفقة لها لما مضى وإلى أن تضع

فان قيل فهلا قلتم إنه لا نفقة لها لما مضى على القول الذى يقول إن النفقة للحمل ، لأن نفقة الاقارب تسقط بمضى الزمان ؟

قلنا إنما نقول ذلك اذا كان القريب هو المستوفى لنفقته ، وههنا المستوفى لها هى الزوجة فصارت كنفقة الزوجة ، فلا تسقط بمضى الزمان .

وأما المعتدة المتوفى عنها زوجها فلا يجب لها النفقة حائلا كانت أو حاملا ، وبه قال ابن عباس وجابر . وروى أنهما قالا لا نفقة لها . حسبها الميراث . وذهب بعض الصحابة الى أنها اذا كانت حاملا فلها النفقه . وعند أحمد أن المعتدة من الوفاة ان كانت حائلا فلا نفقة لها ولا سكنى . وان كانت حاملا ففيها روايتان (احداهما) لها السكنى والنفقة لأنها حامل من زوجها فكانت لها السكنى والنفقة كالمفارقة فى الحياة

(والثانية) لا سكنى لها ولا نفقة لأن المال قد صار للورثة ونفقة الحامل وسكناها انما هو للحمل أو من أجله ولا يلزم ذلك الورثة ، لانه ان كان الميت ميراث فنفقة الحمل من نصيبه ، وان لم يكن له ميراث لم يلزم وارث الميت الانفاق على حمل امرأته كما بعد الولادة

قال القاضى وهذه الرواية أصح عند ابن قدامة وغيره .

ودليلنا أنه لا يخلو اما أن يقال هذه النفقة للحامل أو للحمل فبطل أن يقال انها للحامل لانها لا تستحق النفقة اذا كانت حائلا ، وبطل أن يقال انها للحمل

لأن الميت لا يستحق عليه نفقة الاقارب فلم تجب ، وهل تجب لها السكنى ؟ فيه قولان مضى بيانهما فى العدد .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) إذا حبست زوجة المفقود أربع سنين فلها النفقة لأنها محبوسة عليه فى بيته ، فإن طلبت الفرقة بعد أربع سنين ففرق الحاكم بينهما ، فإن قلنا بقوله القديم إن التفريق صحيح فهى كالمتوفى عنها زوجها لأنها معتدة عن وفاة فلا تجب لها النفقة ، وفى السكنى قولان ، فإن رجع الزوج فان قلنا تسلم اليه عادت إلى نفقته فى المستقبل ، وإن قلنا لا تسلم اليه لم يكن لها عليه نفقة ، فان قلنا بقوله الجديد وأن التفريق باطل ، فلها النفقة فى مدة التربص ومدة العدة لأنها محبوسة عليه فى بيته ، وإن تزوجت سقطت نفقتها لأنها صارت كالناشزة ، وان لم يرجع الزوج ورجعت الى بيتها وقعدت فيه ، — فان قلنا بقوله القديم — لم تعد النفقة ، وان قلنا بقوله الجديد ، فهل تعود نفقتها بعودها الى البيت ؟ فيه وجهان :

أحدهما : تعود لأنها سقطت بنشوزها ، فعادت بعودها

(والثانى) لا تعود لأن التسليم الاول قد بطل فلا تعود الا بتسليم مستأنف كما أن الوديعة اذا تعدى فيها ثم ردها الى المكان لم تعد الامانة . ومن أصحابنا من قال : ان كان الحاكم فرق بينهما وأمرها بالاعتداد ، واعتدت وفارقت البيت ، ثم عادت اليه لم تعد نفقتها لأن التسليم الاول قد بطل لحكم الحاكم . وان كانت تربصت فاعتدت ثم فارقت البيت ثم عادت اليه عادت النفقة لان التسليم الاول لم يبطل من غير حكم الحاكم . والله أعلم

(الشرح) الاحكام : اذا غاب الرجل عن امرأته وهى فى مسكنه الذى أسكنها فيه وانقطع خبره عنها ، فان اختارت المقام على حالتها فالنفقة واجبة على الزوج لانها مسلمة لنفسها ، وان رفعت الامر الى الحاكم وأمرها بالتربص أربع سنين فلها النفقة على زوجها ، لأن النفقة انما تسقط بالنشوز أو بالبينونة ولم

يوجد واحد منهما ، فإن حكم الحاكم بالفرقة بينهما بعد أربع سنين واعتدت أربعة أشهر وعشراً ، فإن قلنا بقوله القديم وأن الفرقة قد وقعت ظاهراً وباطناً ، أو ظاهراً فانها كالمعتدة عن الوفاة فلا يجب لها النفقة فيها ، وهل يجب لها السكنى؟ فيه قولان ، فإن رجع زوجها ، فإن قلنا : ان الفرقة وقعت ظاهراً وباطنا فهى أجنبية منه ولا يجب لها عليه نفقة ولا سكنى . وان قلنا ان الفرقة وقعت فى الظاهر دون الباطن ردت اليه ووجبت لها النفقة من حين ردت اليه . وان قلنا بقوله وأن حكم الحاكم لا ينفــــذ ، فإنها ما لم تتزوج فنفقتها على الاول لأنها محبوسة عليه ، وانما تعتقد هى أن الفرقة قد وقعت ، وهذا الاعتقاد لا يؤثر فى سقوط نفقتها ، فان تزوجت بعد أربعة أشهر وعشر سقطت نفقتها عن الأول لأنها كالناشزة عن الاول فسقطت نفقتها عنه ، فإن دخل الثانى بها وفرق بينهما فعليها أن تعتد عنه ولا نفقة لها على الاول لأنها معتدة عن الثانى ، فان رجعت الى منزل الاول بعد انقضاء عدة الثانى أو قبل أن يدخل بها الثانى ، فهل تستحق النفقة على الأول ؟

قال الشافعى فى المختصر : لا نفقة لها فى حال الزوجية ولا فى حال العـدة . وهذا يقتضى أن لها النفقة بعد انقضاء العدة

وقال فى الأم : لا نفقة لها فى حال الزوجية ولا فى حال العدة ولا بعدها . واختلف أصحابنا فيها على طريقين . قال العمرانى من أصحابنا من قال فيها قولان وحكاهما الشيخ أبو اسحاق (يعنى الشيرازى) وجهين

(أحـدهما) تجب لها النفقة من حين عادت الى منزله ، لأن النفقة سقطت بنشوزها ، وقد زال النشوز فعادت نفقتها

(والثانى) لا يجب لها النفقة لأن التسليم الاول قد سقط بنشوزها فلم تعد الا بتسليم ثان ، وليس ههنا من يتسلمها ، فعلى هـذا الطريق اذا خرجت امرأة الحاضر من منزلها ناشزة ثم عادت اليه ، فهل تعود نفقتها من غير أن يتسلمها الزوج فيه وجهان بناء على هذين الوجهين

ومن أصحابنا من قال ليست على قولين ، وانما هى على اختلاف حالين فالموضع الذى دل عليه مفهوم كلامه أن النفقة لها أراد اذا تزوجت بالثانى من غير أن

يحكم لها الحاكم بالفرقة فإذا عادت إلى منزل الزوج عادت نفقتها ، لأن نفقتهـــا سقطت بأمر ضعيف وهو نشوزها فعادت برجوعها ، وحيث قال فى الأم لا نفقة لها ، أراد إذا حكم لها الحاكم بالفرقة وتزوجت بآخر ، لأن نفقتها سقطت بأمر قوى وهو حكم الحاكم فلا تعود إلا بأمر قوى ، وهو أن يتسلمها الزوج ، فعلى هذا الطريق إذا نشزت امرأة الحاضر من منزلها وعادت اليه وجبت لها النفقة ، وإن لم يتسلمها الزوج .

وأما وجوب نفقتها على الثانى ، فإن قلنا بقوله القـديم ، فإن التفريق صحيح فانها تستحق عليه النفقة بنفس العقد فى قوله القديم ، ونفقة كل يوم بيومه فى قوله الجديد لأن نكاحه صحيح .

وإن قلنا بقوله الجـديد وان التفريق غير صحيح فإنها لا تستحق عليه النفقة ولا السكنى فى حال الزوجية ، لأنه لا زوجية بينهما ، فإذا فرق بينهما بعـــد الدخول فلا سكنى لها فى حال العـدة . وأما النفقة فإن كانت حائلا لم تجب لها ، وان كانت حاملا — فإن قلنا النفقة للحمل — وجبت ، وإن قلنا للحامل لم تجب

(فرع) إذا تربصت امرأة المفقود وتزوجت بآخر بعد انقضاء عدتها فرجع الاول — فإن قلنا بقوله الجديد — لا تقع الفرقة ، أو قلنا تقع الفرقة فى الظاهر دون الباطن فأتت بولد يمكن أن يكون من الثانى ولا يمكن أن يكون من الاول فإن عدتها تنقضئ من الثانى بوضعه ، وترد الى الاول بعد وضع الولد .

وإن أتت بولد يمكن أن يكون من كل واحد منهما — فإن قلنا بقوله القديم وأن الفرقة تقع ظاهرا وباطنا فالولد للثانى . وان قلنا بقوله الجديد وقلنا الفرقة تقع فى الظاهر دون الباطن ، فإن لم يدعه الاول فهو للثانى ، لأنها قد استبرأت رحمها يقينا عن الاول . وإن ادعاه الاول سئل عن وجه دعواه ، فإن قال هذا الولد منى لأنها زوجتى وغبت عنها والزوجية لم تنقطع فهو ولدى ، لأنها أتت به على فراشى ، لم يلتفت إلى هـذه الدعوى ولحق بالثانى ، لأنا قد تيقنا براءة رحمها من ماء الاول فلا يمكن أن يكون منه .

وإن قال : كنت عدت اليها فى الخفية ووطئتها وهـذا الولد منى وأمكن أن

يكون صادقاً عرض الولد على القافة ، فإذا ألحقوه بأحدهما لحقه . وكل موضع ألحق الولد بالثانى فليس للزوج الاول أن يمنعها من أن تسقيه اللبا لأنه لا يعيش الا بذلك ، فاذا سقته اللبا — فان لم توجد امرأة ترضعه وتكفله — لم يكن له منعها من ذلك لأن ذلك يؤدى الى اتلافه . وان وجد له امرأة ترضعه وتكفله كان له منعها لأنها متطوعة بارضاعه ، وللزوج منع زوجته من فعل التطوع كالصلاة والصوم فلأن يمنعها من الرضاع أولى

فان أرضعته فى موضع منعناها من ارضاعه فيه ، فان أرضعته فى بيت زوجها فلها النفقة عليه ، لأنها فى قبضته . وان أخرجت من منزله الى غيره بغير اذنه وأرضعته سقطت نفقتها لانها ناشزة ، وان خرجت الى غيره باذن زوجها وأرضعته — فان كان زوجها معها لم تسقط نفقتها — وان لم يكن معها ففيه وجهان بناء على القولين فى السفر باذنه

(فرع) وان تربصت امرأة المفقود وفرق الحاكم بينهما وتزوجت بآخر بعد انقضاء عدتها ، ودخل بها ثم مات الثانى ، وبان أن زوجها الاول كان حياً عند نكاحها للثانى وأن الاول مات بعد ذلك — فان قلنا بقوله القديم ، وأن الحكم بالفرقة صحيح ظاهراً وباطناً — فقد بانت من الاول ، ونكاح الثانى صحيح ، وقد بانت عنه بموته واعتدت عنه ، ولا تأثير لحياة الاول وان قلنا بقوله الجديد ان الحكم بالفرقة لا يصح أو قلنا تقع الفرقة فى الظاهر دون الباطن ، فعلى هذا نكاح الثانى باطل وعليها العدة بموت الاول أربعة أشهر وعشراً . وعليها عدة وطء الشبهة للثانى ثلاثة أقراء ، ولا يصح أن تعتد من أحدهما الا بعد أن يفرق بينها وبين الثانى . وفيه ثلاث مسائل

(احداهن) أن يعلم موت كل واحد من الزوجين فى وقت بعينه ، ويعلم غير ذلك الزوج .

(الثانية) أن يعلم أن أحدهما مات فى وقت بعينه ولم يعلم وقت موت الآخر

(الثالثة) أن لا يعلم موت كل واحد منهما بعينه

(فأما الاولة) وهو اذا علم موت كل واحد منهما فى وقت بعينه ففيه مسألتان احداهما أن يعلم أن الاول مات فى أول شهر رمضان، والثانى مات فى أول شوال

فيجب عليها أن تعتد ههنا عن الأول أربعة أشهر وعشراً ، وابتداؤها من أول شوال بعد زوال فراش الثانى ، لأنه لا يمكن أن تكون فراشاً للثانى معتدة عن الأول ، فإذا انقضت عدتها عن الأول اعتدت عن الثانى بثلاثة أقراء لأن عدة الأول أسبق فقدمت ، ولأنها أقوى لأنها وجبت بسبب مباح والثانية وجبت بسبب محظور .

وإن مات الثانى فى أول رمضان والاول فى أول شوال ، فإن الثانى لما مات شرعت فى عدته ، وان كانت زوجة الأول ، لأن النكاح يتأبد فراشه فلا يمكن قطعه لأجل العدة ، بخلاف الفراش فى النكاح الثانى فإنه لا يتأبد ، فلذلك وجب قطعه للعدة ولم تصح العدة مع وجوده ، فإن مات الاول فى أثناء عـــدة الثانى انتقلت الى عدة الأول لانها آكد ، فإذا أكملت عدة الاول أربعة أشهر وعشراً أكملت عدة الثانى بالاقراء

(المسألة الثانية) أن يعلم أن أحدهما مات فى وقت بعينه ولم يعلم وقت موت الآخر : مثل أن يعلم أن الثانى مات فى أول شوال ، ثم جاء الخبر أن الاول حى فى بلد كذا ومات فلم يعلم وقت موته ، فانه يقال أقل وقت يمكن أن يصـل فيه الخبر من الموضع الذى كان فيه كم هو ؟

فان قيل مثلا عشرة أيام ، جعل فى التقدير كأنه مات قبل مجىء خبره بعشرة أيام ، فان وافق ذلك وقت موت الثانى بأن كان الخبر ورد لعشر خلون من شوال فقد اتفق موتهما فى وقت واحد ، فتعتد عن الاول بأربعة أشهر وعشر ، وتعتد بعد ذلك عن الثانى بثلاثة أقراء . وإن تقدم موت الثانى أو تأخر عنه فالحكم فيه على ما ذكرناه فى المسألة الاولة

(المسألة الثالثة) أن لا يعلم وقت موت كل واحد منهما بعينه ، مثل أن يعلم أن أحـدهما مات فى أول شهر رمضان ، والآخر مات فى أول شوال ولا يعلم أيهما مات أولا ، فيجب عليها بيقين ، هـذا إذا لم تحبل من الثانى ، فإذا حبلت من الثانى ثم ظهر موت الأول فان الولد لاحق بالثانى ، لأنها قد اعتدت عن الاول واستبرأت رحمها منه . وقد مات الأول قبل أن يدعيه فلم يلحق به ،

فتعتد بوضع الحمل عن الثانى ، فاذا وضعته أعتدت عن الأول بأربعة أشهر وعشر ، ومتى تبتدىء بها ؟ فيه وجهان

(أحدهما) من حين انقطاع دم النفاس ، لأن دم النفاس تابع للحمل من الاول فهو كمدة الحمل .

(والثانى) وهو المذهب أن ابتداءها من بعد وضع الحمل ، لأن هذا عدة من وفاة ، وعدة الوفاة لا يراعى فيها الدم وزواله ، ولأن وقت دم النفاس ليس من عدة الثاني فاحتسب به من عدة الاول والله تعالى أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

﴿ باب نفقة الاقارب والرقيق والبهائم ﴾

والقرابة التى تستحق بها النفقة قرابة الوالدين وإن علوا ، وقرابة الاولاد وإن سفلوا ، فتجب على الولد نفقة الاب والام ، والدليل عليه قوله تعالى « وقضى ربك أن لا تعبدوا إلا إياه وبالوالدين إحساناً » ومن الإحسان أن ينفق عليهما . وروت عائشة رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « ان أطيب ما أكل الرجل من كسبه ، وإن ولده من كسبه » ويجب عليه نفقة الأجداد والجدات ، لأن اسم الوالدين يقع على الجميع . والدليل عليه قوله تعالى « ملة أبيكم إبراهيم » فسمى الله تعالى ابراهيم أباً وهو جد ، ولأن الجد كالاب ، والجدة كالام فى أحكام الولادة ، من رد الشهادة وغيرها . وكذلك فى إيجاب النفقة . ويجب على الاب نفقة الولد لما روى أبو هريرة رضى الله عنه « أن رجلا جاء الى النبى صلى الله عليه وسلم فقال : يا رسول الله عندى دينار ؟ فقال انفقه على نفسك . قال عندى آخر ؟ فقال أنفقه على ولدك ، قال عندى آخر ، فقال انفقه على أهلك . قال عندى آخر ، قال انفقه على خادمك . قال عندى آخر . قال أنت أعلم به » ويجب عليه نفقة ولد الولد وان سفل ، لأن اسم الولد يقع عليه ، والدليل عليه قوله عز وجل « يا بنى آدم » وتجب على الام نفقة الولد لقوله تعالى « لا تضار والدة بولدها » ولأنه اذا وجبت على الاب وولادته من جهة الظاهر

فلأن تجب على الأم وولادتها من جهة القطع أولى ، وتجب عليها نفقة ولد الولد لما ذكرناه فى الأب ؛ ولا تجب نفقة من عدا الوالدين والمولودين من الأقارب كالأخوة والأعمام وغيرهما ، لأن الشرع ورد بإيجاب نفقة الوالدين والمولودين ومن سواهم لا يلحق بهم فى الولادة وأحكام الولادة ، فلم يلحق بهم فى وجوب النفقة .

(الشرح) نبدأ بأشرف ما فى الفصل من كلام ربنا تبارك وتعالى ، فقوله تعالى « وقضى ربك أن لا تعبدوا إلا إياه وبالوالدين إحساناً » أى أمر وألزم وأوجب . قال ابن عباس والحسن وقتادة : ليس هذا قضاء حكم بل هو قضاء أمر . وقال ابن تيمية : القضاء قضاءان ، قضاء كونى وقضاء شرعى ، والقضاء الشرعى كقوله تعالى « وقضى ربك » وفى مصحف ابن مسعود « ووصى » وهى قراءة ، وقرأه ابن عباس وأبى

قال ابن عباس إنما هو « ووصى » فالتصقت إحدى الواوين فقرئت « وقضى » إذ لو كان على القضاء ما عصى الله أحد . وأنكر أبو حاتم أن يكون ابن عباس قال ذلك وقال : لو قلنا ذلك لطعن الزنادقة فى مصحفنا

قلت : بخ بخ لأبى حاتم ، إذ كيف تلتصق الواو فى جميع المصاحف بالصاد فتتحول من ووصى إلى وقضى .

قال علماء الكلام : القضاء يستعمل فى اللغة على وجوه ، فالقضاء بمعنى الأمر كقوله تعالى « وقضى ربك ألا تعبدوا إلا إياه » والقضاء بمعنى الخلق كقوله تعالى « فقضاهن سبع سموات فى يومين » والقضاء بمعنى الحكم كقوله تعالى « فاقض ما أنت قاض » والقضاء بمعنى الفراغ كقوله تعالى « قضى الأمر الذى فيه تستفتيان » وقوله تعالى « فإذا قضيتم مناسككم » وقوله « فإذا قضيت الصلاة » والقضاء بمعنى الإرادة ؛ كقوله تعالى « إذا قضى أمراً فإنما يقول له كن فيكون » والقضاء بمعنى العد كقوله تعالى « وما كنت بجانب الغربى إذ قضينا الى موسى الأمر »

وأما قوله تعالى « ملة أبيكم إبراهيم » قال القرطبى : وابراهيم هو أبو العرب قاطبة . وقيل الخطاب لجميع المسلمين وإن لم يكن الكل من ولده ، لأن حرمة

ابراهيم على المسلمين كحرمة الوالد على الولد . يدل على ذلك قوله « هو سماكم المسلمين من قبل »

قال ابن زيد : وهو معنى قوله « ربنا واجعلنا مسلمين لك ومن ذريتنا أمة مسلمة لك » قال ابن زيد والحسن « هو » راجع الى ابراهيم . والمعنى هو سماكم المسلمين من قبل محمد صلى الله عليه وسلم . قال النحاس وهذا القول مخالف لقول عظماء الأمة . وروى على بن أبى طلحة عن ابن عباس قال : سماكم الله تعالى المسلمين من قبل ، أى فى الكتب المتقدمة وفى هذا القرآن

وأما قوله تعالى « يا بنى آدم » قال القرطبي هو خطاب لجميع العالم . وأما قوله تعالى « لا تضار والدة بولدها » قال ابن بطال يجوز أن يكون معناه لا تضار على تفاعل ، وهو أن ينزع ولدها منها ويدفع الى مرضعة أخرى ، ويجوز أن يكون معناه لا تضار الأم الاب فلا ترضعه . أى لا تأبى الأم أن ترضعه إضراراً بأبيه أو تطلب أكثر من أجر مثلها .

وقرأ نافع وعاصم وحمزة والكسائى « تضار » بفتح الراء المشددة ، وموضعه الجزم على النهى .

وقرأ أبو عمرو وابن كثير وأبان عن عاصم وجماعة « تضار » بالرفع عطفاً على قوله « تكلف نفس » وهو خبر والمراد به الأمر

وروى عن عمر بن الخطاب أنه قرأ « لا تضارَرُ » براءين الأولى مفتوحة ، وروى عن ابن عباس « لا تضارِر » بكسر ما قبل آخره وهى الراء الأولى

وأما حديث عائشة فقد مضى فى الفرائض ، وقد ساقه الذهبي فى سير أعلام النبلاء وفيه « إن أطيب ما أكل الرجل من كسب يمينه » وقد أخرجه أبو داود والحاكم بلفظ « ولد الرجل من أطيب كسبه ، فكلوا من أموالهم » وإسناده صحيح

وأما حديث أبى هريرة فقد أخرجه الشافعى وأبو داود واللفظ له وأخرجه النسائى والحاكم بتقديم الزوجة على الولد ، وفى صحيح مسلم من رواية جابر تقديم الزوجة على الوالد من غير تردد .

وقال الحافظ بن حجر : اختلف على يحيي القطان والثورى ، فقدم يحيي الزوجة على الولد . وقدم سفيان الوالد على الزوجة ، فينبغى أن لا يقدم أحدهما على

الآخر بل يكونان سواء ، لأنه قد صح عنه صلى الله عليه وسلم أنه كان إذا تكلم تكلم ثلاثاً ، فيحتمل أن يكون فى إعادته قدم الولد مرة ، ومرة قدم الزوجة ، فصارا سواء .

قال الصنعانى فى سبل السلام : هذا حمل بعيد ، فليس تكريره لما يقوله ثلاثا بمطرد ، بل عدم التكرير غالب ، وإنما يكرر إذا لم يفهم عنه . ومثل هذا الحديث جواب سؤال لا يجرى فيه التكرير لعدم الحاجة اليه لفهم السائل للجواب ، ثم رواية جابر التى لا تردد فيها تقوى رواية تقديم الأهل اه

أما الأحكام فقد قال الشافعى رضى الله عنه : فى كتاب الله وسنة رسوله عليه السلام بيان أن على الأب أن يقوم بالمئونة فى إصلاح صغار ولده من رضاع ونفقة وكسوة وخدمة اه

وجملة ذلك أنه يجب على الأب أن ينفق على ولده ، والأصل فيه قوله تعالى (ولا تقتلوا أولادكم خشية إملاق) فمنع الله قتل الأولاد خشية الإملاق وهو الفقر ، فلولا أن نفقة الأولاد عليهم لما خافوا الفقر . وقوله تعالى (فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن) فأوجب أجرة رضاع الولد على الأب ، فدل على أن نفقته تجب عليه .

وحديث أبى هريرة عن الرجل الذى أتى النبى صلى الله عليه وسلم يقول عندى دينار والرسول يجيبه فيقول عندى آخر وأخذ يردد الأسئلة ، وقد خرجناه آنفاً وكذلك حديث هند بنت عتبة أن أبا سفيان رجل شحيح . وقول النبى صلى الله عليه وسلم لها « خذى مايكفيك وولدك بالمعروف » ولأن الولد بعض من الاب فكما يلزمه أن ينفق على نفسه فكذلك يلزمه أن ينفق على ولده ، فإن لم يكن هناك أب أو كان ولكنه معسر وهناك جد موسر وجبت عليه نفقة ولد الولد وإن سفل . وبه قال أبو حنيفة

وقال مالك : لا تجب نفقة ولد الولد على الجد . دليلنا قوله تعالى « يابنى آدم » فسمى الناس بنى آدم ، وإنما هو جدهم . وكذلك قوله تعالى « واتبعت ملة آبائى ابراهيم واسماعيل وإسحاق » فسماهم آباء ، وإنما هم أجداد ، أو لأن بينهما قرابة توجب العتق ورد الشهادة وجبت النفقة على الام ، وبه قال أبو حنيفة وأحمد ،

وقال مالك « لا تجب النفقة على الام » وقال أبو يوسف ومحمد « تجب على الأم ولكن ترجع بها على الأب إذا أيسر

دليلنا على مالك أن بينهما قرابة توجب العتق ورد الشهادة فأوجبت النفقة كالأبوة ، ولأن النفقة إذا وجبت على الجد وولادته من طريق الظاهر ، فلأن تجب على الام وولادتها من طريق القطع أولى فلم ترجع

ودليلنا على أبى يوسف ومحمد أنها نفقة واجبة على من تيقن نسبه فلم يرجع بها كالجد لا يرجع بما أنفق على الاب ، وقولنا على من تيقن نسبه احتراز ممن ولد على فراشين وأشكل الاب منهما ، فإن لم يكن هناك أم وهناك أبو أم أو أم أم وجبت عليه نفقة ولد الولد وإن سفل ، فتجب نفقة الولد على من يقع عليه اسم الاب أو الام حقيقة أو مجازاً ، سواء كان من قبل الاب أو الام ، ويشترك فى وجوبها العصبات وذووا الارحام ، لأنها تتعلق بالقرابة من جهة الولادة ، فاستوى العصبات وذوو الأرحام ، لأنها تتعلق بالقرابة من جهة الولادة ، فاستوى العصبات وذوو الأرحام من جهة الوالدين ، كما قلنا فى منع الشهادة والقصاص والعتق .

* * *

قوله : فتجب على الولد الخ ، فجملة ذلك أنه يجب على الولد نفقة الاب لقوله تعالى « وقضى ربك ألا تعبدوا إلا إياه وبالوالدين إحساناً ، وقوله تعالى « وصاحبهما فى الدنيا معروفاً ، ومن الإحسان والمعروف أن ينفق عليه

وروى ابن المنكدر « أن رجلا قال : يارسول الله إن لى مالا وعيالا ولأبى مال وعيال ويريد أن يأخذ من مالى ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم : أنت ومالك لأبيك » وروت عائشه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « ان أطيب ما يأكل الرجل من كسبه ، وولده من كسبه »

وروت عائشه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « إن أولادكم هبة من الله لكم يهب لمن يشاء إناثاً ويهب لمن يشاء الذكور ، وأموالهم لكم إذا احتجتم اليها ،

وساق العمرانى رواية نسوقها لطرافتها ، ولنا عليها نظر[1] . قال روى عن جابر أن رجلا أتى النبي صلى الله عليه وسلم وقال: يارسول الله إن أبي يأخذ مالى فينفقه فقال الأب : إنما أنفقه يا رسول الله على إحدى عماته أو إحدى خالاته ، فهبط جبريل وقال : يا رسول الله سل الأب عن شعر قاله ، فسأله النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك ، فقال الأب إن الله وله الحمد يزيدنا بك بياناً يارسول الله كل يوم لقد قلت هذا الشعر فى نفسى فلم تسمعه أذناى ثم أنشأ يقول :

غذوتك مولوداً وعلتك يافعاً	تعلّ بما أدنى اليك وتنهل
إذا ليلة نابتك بالشكوى لم أبت	لشكوك إلا ساهراً أتململ
كأنى أنا المطروق دونك بالذى	طرقت به دونى وعينى تهمل
فلما بلغت السن والغاية التى	اليها مدى ما كنت فيك أؤمل
جعلت جزائى منك جبْهاً وغلظة	كأنك أنت المنعم المتفضل
فليتك إذ لم ترع حق أبوتى	فعلت كما الجار المجاور يفعل
تراه معداً للخلاف كأنه	بردّ على أهل الصواب موكل اه

(فرع) ويجب على الولد نفقة الأم . وقال مالك لا يجب . دليلنا ماذكرناه من القرآن والسنة آنفاً . وما رواه أن رجلا أتى النبي صلى الله عليه وسلم وقال يا رسول الله من أبر ؟ قال أمك ، قال ثم من ؟ قال أمك . قال ثم من ؟ قال أمك ، إلى أن قال فى الرابعة ثم أباك . ومن البر أن تنفق عليها . ولأنها تعتق عليه اذا ملكها ، ولا يجب عليها القصاص بجنايتها عليه ، ولا تقبل شهادته لها . فوجبت لها النفقة عليه كالأب ، وتجب على الولد نفقه الاجداد والجدات وإن علوا من قبل الاب والأم . وبهذا قال أحمد والثورى وأصحاب الرأى

---

[1] (١) ذلك أن أبا القاسم الطبرانى قد رواها بإسناد فيه نظر . وقد روى هذه الأبيات أبو تمام فى ديوان الحماسة عزاها لأمية بن أبى الصلت فى ابنه . وقال بعضهم هى لغيره . وقال أبو رياش هى لأبى العباس الاعمى ، وقال التبريزى : وتروى لابن عبد الأعلى — قال أبو هلال « أوردها أبو عبيدة فى أخبار العققة والبررة » .

وقال مالك : لا تجب النفقة عليهم ولا لهم ، لأن الجد ليس بأب حقيقي .
دليلنا أن بينهما قرابة توجب العتق ورد الشهادة فأوجبت النفقة كالأبوه .

(فرع) نفقة القرابة تجب مع اتفاق الدين ومع اختلافه ، فإن كان أحدهما مسلماً والآخر كافراً لم يمنع ذلك من وجوب النفقة ، لأنه حق يتعلق بالولادة فوجب مع اتفاق الدين واختلافه كالعتق بالملك ، ولا تجب النفقة لغير الوالدين والمولودين من القرابة كالاخ وابن الاخ والعم وابن العم

وقال أبو حنيفة تجب لكل ذى رحم محرم ، فتجب عليه نفقة الاخ وأولاده والعم والعمة والخال والخالة ، ولا تجب عليه نفقة أولاد العم ولا أولاد الخال ولا أولاد الخالة .

وتفصيل قول أحمد أنه تجب عليه نفقة كل من كان وارثاً كالاخ وابن الاخ والعم وابن العم ولا تجب عليه نفقة ابنة الاخ والعمة وابنة العمة وابنة العم . وقال عمر بن الخطاب رضى الله عنه تجب عليه نفقة كل قريب معروق النسب منه ودليلنا حديث أبى هريرة فى الرجل الذى معه دينار وآخر حتى قال أنت أعلم ، ولم يأمره أن ينفقه على أقاربه ، فدل على أنها لا تجب عليه نفقة أقاربه ، فإن قيل فلم يذكر الولد ومع ذلك فنفقته واجبه . قلنا قد نص على نفقة الولد فنبه بذلك على نفقة الوالد ، لأنه آكد حرمة من الولد ، ولأن من سوى الوالدين والمولودين من القرابة لا يلحق بهم فى الحرمه فلم يلحق بهم بوجوب نفقتهم ، ولأنها قرابة لا تستحق بها نفقه مع اختلاف الدين فلم يستحق بها نفقه مع اتفاق الدين كابن العم مع أبى حنيفه وكغير الوارث مع أحمد

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا تجب نفقة القريب إلا على موسر أو مكتسب يفضل عن حاجته ما ينفق على قريبه ، وأما من لا يفضل عن نفقته شيء فلا تجب عليه لما روى جابر رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « إذا كان أحدكم فقيراً فليبدأ بنفسه ، فإن كان فضل فعلى عياله ، فإن كان فضل فعلى قرابته ، فإن لم يكن فضل غير ما ينفق على زوجته لم يلزمه نفقة القريب ، لحديث جابر رضى الله

عنه ، ولأن نفقة القريب مواساة ونفقة الزوجة عوض ، فقدمت على المواساة ، ولأن نفقة الزوجة تجب لحاجته فقدمت على نفقة القريب كنفقة نفسه

(فصل) ولا يستحق القريب النفقة على قريبه من غير حاجة ، فإن كان موسراً لم يستحق لأنها تجب على سبيل المواساة ، والموسر مستغن عن المواساة ، وإن كان معسراً عاجزاً عن الكسب لعدم البلوغ أو الكبر أو الجنون أو الزمانة استحق النفقة على قريبه ؛ لأنه محتاج لعدم المال وعدم الكسب .

وإن كان قادراً على الكسب بالصحه والقوة — فإن كان من الوالدين — ففيه قولان (أحدهما) يستحق لأنه محتاج فاستحق النفقة على القريب كالزمن . (والثانى) لا يستحق لأن القوة كاليسار ، ولهذا سوّى رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما فى تحريم الزكاة فقال « لا تحل الصدقة لغنى ولا لذى مرة قوى » وإن كان من المولودين ففيه طريقان ، من أصحابنا من قال فيه قولان كالوالدين ومنهم من قال لا يستحق قولا واحداً لأن حرمة الوالد آكد فاستحق بها مع القوة وحرمة الولد أضعف فلم يستحق بها مع القوة

(الشرح) حديث جابر أخرجه أحمد ومسلم وأبو داود والنسائى بلفظ « أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لرجل : ابدأ بنفسك فتصدق عليها فإن فضل شىء فلأهلك ، فإن فضل عن أهلك شىء فلذى قرابتك . فإن فضل عن ذى قرابتك شىء فهكذا وهكذا »

أما حديث « لا تحل الصدقة لغنى ولا لذى مرة قوى » فقد أخرجه النسائى عن أبى هريرة فى الزكاة عن هناد بن السَّرِى وابن ماجه فيه أيضا عن محمد بن الصباح ، وأخرجه أبوداود عن عباد بن موسى الختلى فى الزكاة من حديث عبد الله بن عمرو والترمذى فى الزكاة عن محمد بن بشار من حديث عبد الله بن عمرو أيضاً وحسنه ، وذكر أن شعبة لم يرفعه ، وفى إسناده ريحان بن يزيد وثقه يحيى بن معين . وقال أبو حاتم الرازى شيخ مجهول ، وقال بعضهم : لم يصح إسناد هذا الحديث ، وإنما هو موقوف على عبد الله بن عمرو

وقال أبوداود : الاحاديث الاخر عن النبى صلى الله عليه وسلم بعضها « لذى

مرة سوى ، وبعضها « لذى مرة قوى » — أما اللغات : فالمرة القوة والشدة . قال تعالى « ذو مرة فاستوى » والسوىّ الصحيح الأعضاء . وأخرجه أحمد من طريق أبى هريرة ومن طريق ابن عمر

أما الاحكام فإنه لا يستحق القريب على قريبه حتى يكون المنفق منهما موسراً بنفقة قريبه ، وهو أن يفضل عن قوت نفسه وقوت زوجته فى يومه وليلته ، لحديث جابر الذى ساقه المصنف . وإنما قدمت نفقة الزوجة على نفقة القريب ، لأنها تجب لحاجته اليها ، ونفقة القريب مواساة ، فقدمت نفقتها عليه كما تقدم نفسه ، ولأن نفقة الزوجة تجب بحكم المعاوضة فقدمت على نفقة القريب كايقاء الدين ، فإن كان مكتسبا ما ينفق على نفسه وزوجته ويفضل عن قوت يومه وليلته لزمه أن ينفق على قرابته ، لأن الكسب فى الانفاق يجرى مجرى الغنى . ولهذا روى أن رجلين سألا النبى صلى الله عليه وسلم أن يعطيهما من الصدقة ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم « أعطيكما بعد أن أعلمكما أنه لا حظ فيها لغنى قوى ولا لقوى مكتسب » فجعل الاكتساب بمنزلة الغنى والمال . وان كان المنفق عقار وجب بيعه للانفاق على قريبه .

دليلنا أن نفقة القريب تجب فيما فضل عن قوت المنفق فى يومه وليلته ، والعقار يفضل عن قوت يومه وليلته فوجب بيعه للانفاق على القريب كالأب . ولا يستحق القريب النفقة على قريبه حتى يكون المنفق عليه معسراً غير قادر على الكسب لصغر أو جنون أو زمانة أو كبر — فإن كان له مال يكفيه — لم تجب نفقته على قريبه ، لأن ايجاب نفقة القريب على قريبه مواساة ، والغنى بماله لا يستحق المواساة .

وإن كان له كسب وهو قادر على أن يكتسب ما يكفيه لم تجب له نفقة على قريبه ، لأن الكسب فى باب الانفاق يجرى مجرى الغنى بالمال .

وان كان صحيحا إلا أنه غير مكتسب — فإن كان من الوالدين ففيه قولان : أحدهما : تجب نفقته على الولد الموسر ، وبه قال أبو حنيفة وأحمد ، لأنه محتاج الى الانفاق فأشبه الزمن . والثانى : لا تجب نفقته على الولد لأنه قادر على الاكتساب فأشبه المكتسب .

وإن كان الولد بالغاً صحيحا محتاجا غير مكتسب ففيه طريقان . من أصحابنا من قال فيه قولان كالوالدين . ومنهم من قال لا تجب نفقته قولا واحداً ، لأن حرمة الوالد آكد فاستحق مع الصحة . والولد أضعف حرمة فلا يستحق مع الصحة . هذا مذهبنا

وقال أبو حنيفة : إذا بلغت الابنة لم تسقط نفقتها حتى تزوج لأنه لا يمكنها الاكتساب فهي كالصغيرة . ودليلنا إن كان معنى أسقط نفقة الابن أسقط نفقة الابنة كاليسار ، وما ذكره فلا يصح لأنه يمكنها أن تعمل كاتبة أو حائكة أو عاملة في مصانع الدواء أو مدرسة أطفال أو ما إلى ذلك من أعمال مع التصون والتحشم وطلب الرزق الحلال ، وقد كانت المرأة على عهد أبي حنيفة تشتغل بالغزل وتبيعه .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

﴿ فصل ﴾ فإن كان للذى يستحق النفقة أب وجد أو جد وأبو جد وهما موسران ، كانت النفقة على الأقرب منهما ، لأنه أحق بالمواساة من الأبعد ، وإن كان له أب وابن موسران ففيه وجهان

(أحدهما) أن النفقة على الاب لأن وجوب النفقة عليه منصوص عليه . وهو قوله تعالى (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف) ووجوبها على الولد ثبت بالاجتهاد .

(والثانى) أنهما سواء لتساويهما فى القرب والذكورية . وإن كان له أب وأم موسران كانت النفقة على الأب لقوله تعالى (فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن) فجعل أجرة الرضاع على الاب . وروت عائشة رضى الله عنها « أن هنداً أم معاوية جاءت الى النبى صلى الله عليه وسلم فقالت : يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح وأنه لا يعطيني ما يكفيني وولدى إلا ما أخذت منه سراً وهو لا يعلم فهل على فى ذلك من شىء ؟ فقال النبى صلى الله عليه وسلم : خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف ، ولأن الاب ساوى الام فى الولادة وانفرد بالتعصيب فقدم .

وإن كان له أم وجد أبو الاب وهما موسران فالنفقة على الجد لأن له ولادة وتعصيبا فقدم على الام كالاب ، وان كانت له بنت وابن بنت ففيه قولان (أحدهما) أن النفقة على البنت لأنها أقرب (والثانى) أنها على ابن البنت لأنه أقوى وأقدر على النفقة بالذكورية ، وإن كانت له بنت وابن ابن فالنفقة على ابن الابن ، لأن له ولادة وتعصيباً ، فقدم كما قدم الجد على الام . وان كان له أم وبنت كانت النفقة على البنت ، لأن للبنت تعصيبا وليس للأم تعصيب ، وان كان له أم أم وأبو أم فهما سواء ، لأنهما يتساويان فى القرب وعدم التعصيب ، وإن كان له أم أم وأم أب ففيه وجهان (أحدهما) أنهما سواء لتساويهما فى الدرجة (والثانى) أن النفقة على أم الاب لأنها تدلى بالعصبة

(الشرح) حديث عائشة أن هنداً بنت عتبة الخ أخرجه البخارى فى النفقات عن محمد بن مقاتل وعن محمد بن يوسف ، وفى الأيمان والنذور عن يحيى بن بكير وفى الاحكام عن محمد بن كثير ، وفى المظالم عن أبى اليمان ، وفى البيوع عن أبى نعيم وفى صحيح مسلم فى الاحكام عن على بن حجر وعن عبد بن حميد ، وفى الاقضية عن زهير بن حرب ، وأخرجه أبو داود فى البيوع عن خشيش بن أصرم وعن أحمد بن يونس . وأخرجه النسائى فى القضاء عن إسحاق بن ابراهيم وابن ماجه فى التجارات عن أبى بكر وعلى بن محمد وأبى عمر الضرير

أما الأحكام فإن كان هناك قريب يستحق النفقة واجتمع قريبان موسران كانت نفقته عليهما أو على الاقرب منهما على ما سنوضحه ، فإن كان هناك ولد صغير فقير وله أبوان موسران كانت نفقته على الاب لقوله تعالى (فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن) فجعل أجرة الرضاع على الاب ، ولقوله صلى الله عليه وسلم لهند امرأة أبى سفيان « خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف » ولأنهما تساويا فى الولادة وانفرد الاب بالتعصيب فقدم على الام ، فإن اجتمع الاب والجد وهما موسران واجتمعت الام وأمها أو الام وأم الاب وهما موسرتان قدم الاب على الجد ، وقدمت الام على أمها وأم الاب لأنها أقرب .

وإن اجتمعت الام والجد أبو الأب وهما موسران كانت النفقة على الجد دون الام ، وبه قال أبو يوسف ومحمد

وقال أبو حنيفة : ينفقان عليه على قدر ميراثهما ، فيكون على الأم ثلث النفقة وعلى الجد الثلثان . دليلنا أنه اجتمع عصبة مع ذات رحم ينفق كل واحد منهما على الانفراد ، فقدم العصبة كالاب إذا اجتمع مع الام ، فإن اجتمع الجد أبو الأب وإن علا مع الجد أبى الأم وهما موسران وجبت النفقة على الجد أبى الاب ، لأن الجد يقدم على الام ، فلأن يقدم على أبى الام أولى . وان اجتمعت أم الام وأبو الام وهما موسران كانت النفقة عليهما نصفين لأنهما متساويان فى الدرجة ولا مزية لأحدهما على الآخر فى التعصيب فاستويا فى الإنفاق . وإن اجتمعت أم الام وأم الاب وهما موسرتان ففيه وجهان

(أحدهما) تجب النفقة عليهما نصفين وهو الاصح لأنهما مستويتان فى الدرجة ولا مزية لإحداهما على الاخرى بالتعصيب

(والثانى) تجب النفقة على أم الاب لأنها تدلى بعصبه ، ولأن الاب لو اجتمع هو والام لقدم الاب فى إيجاب النفقة فقدم من يدلى به على من يدلى بها . وهكذا الوجهان إذا اجتمعت أم الاب وأم وأبو الام ، فإن اجتمعت الام وأم الاب وهما موسرتان ، قال الشيخ أبو حامد — فإن قلنا — إن أم الام وأم الاب اذا اجتمعتا — تقدم أم الاب لانها تدلى بعصبة قدمت ههنا أم الاب على الام لانها كالعصبة ، وإن قلنا هناك : إنهما سواء ، قدمت الام على أم الاب لأنها أقرب منها .

(فرع) وإن كان الرجل فقيراً زمناً وله أب وابن موسران ففيه ثلاثة أوجه

(أحدها) تجب نفقته على الاب لان وجوب النفقة على الاب منصوص عليها فى القرآن ، ووجوب النفقة على الابن مجتهد فيها

(والثانى) أن نفقته على الابن لانه أقوى تعصيبا من الاب

(والثالث) تجب نفقته عليهما لانهما متساويان بالدرجة منه والتعصيب .

فإذا قلنا بهذا فهل تجب عليهما نصفين أو تعتبر بميراثهما منه ؟ فيه وجهان . قال العمرانى : الاصح أنها عليهما نصفان .

وان اجتمع ابن وجد فمن أصحابنا من قال : هو كما لو اجتمع الابن والاب . ومنهم من قال تجب على الابن وجهاً واحداً لأنه أقرب ، وان كان فقيراً زمنا وله إبنان موسران وبنتان موسرتان وجبت نفقته بينهما نصفين ، لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر . وإن كان له ابن وابنة موسرة فقال الماوردى ، قال أصحابنا البغداديون تجب جميع النفقة على الابن ، لأنهما متساويان فى الدرجه ، وللابن مزية بالتعصيب فقدم فى وجوب النفقة عليه كالاب إذا اجتمع مع الأم . وقال الخراسانيون من أصحابنا تجب النفقة عليهما ؛ وكيف تجب عليهما ؟ فيه وجهان (أحدهما) قال المسعودى وهو الأصح تجب عليهما نصفين ، وبه قال أبوحنيفة (والثانى) تجب عليهما على قدر ميراثهما ، فيجب على الابن ثلثا النفقة وعلى الابنة ثلثها ، وبه قال أحمد

إذا ثبت هذا فذكر ابن الصباغ اذا كان له ابن ذكر وخنثى مشكل موسران فإن النفقة على الابن لأن الخنثى يجوز أن تكون أنثى فلا تجب عليه النفقة . فإن بان الخنثى رجلا رجع عليه ابن بنصف ما أنفق ، لأنه بان أنه كان مستحقاً عليه وهذا على طريقة أصحابنا البغداديين . فأما على طريقة الخراسانيين فكم يجب على الخنثى ؟ فيه وجهان

أحدهما النصف وهو الأصح ، فعلى هذا لافرق بين أن يبين أنه رجل أو امرأة والثانى يجب عليه بمقدار ميراثه ، فعلى هذا يجب عليه الثلث وعلى الذكر النصف ويبقى سدس النفقة .

فإن قال أحدهما أدفع السدس لأرجع به على من بان أنه عليه : جاز . وان يدفعه أحدهما برضاه دفعاه بينهما نصفين ، فإذا بان حال الخنثى رجع من بان أنه غير مستحق عليه بما دفع منه . قال ابن الصباغ ، وان كان له بنت وخنثى مشكل ففيه وجهان . أحدهما تجب النفقة على الخنثى لجواز أن يكون رجلا ، فإذا أنفق ثم بان أنه رجل لم يرجع على أخته بشىء ، وان بان أنه أنثى رجعت على أختها بنصف ما أنفقت .

والثانى أن النفقة بينهما نصفان ، قال وهو الأقيس ، لأنا لا نعلم كونه رجلا فإن بان أنه ذكر رجعت عليه البنت بما أنفقت ، وان بان أنه أنثى لم ترجع عليها

أختها بشيء . وهذا على طريقة أصحابنا البغداديين . وأما على طريقة الخراسانيين فعلى أصح الوجهين تجب النفقة عليهما نصفين ، ولا يرجع الخنثى بما أنفق على أخته بشيء ، سواء بان رجلا أو امرأة ، وعلى الوجه الذى يقول يجب النفقة عليهما على قدر ميراثهما يجب على كل منهما ثلث النفقة ويبقى الثلث ، فإن اختار أحدهما أن ينفقه ليرجع به على من بان عليه جاز ، وإن لم يختر أحدهما دفعه دفعاه بينهما ، فيدفع كل منهما نصف النفقة ، فإن بان الخنثى امرأة لم ترجع إحداهما على الأخرى بشيء ، وإن بان رجلا رجعت عليه المرأة بثلث ما دفعت

(فرع) وإن كان له ثلاثة أولاد : ذكر وخنثيان ، فعلى طريقة أصحابنا البغداديين تجب النفقة على الذكر ، فإن بان الخنثيان امرأتين لم يرجع عليهما بشيء وإن بانا رجلين رجع على كل واحد منهما بثلث ما أنفق ، وإن بان أحدهما رجلا والآخر امرأة رجع على الرجل بنصف ما أنفق ، وعلى طريقة الخراسانيين تجب النفقة على الجميع ، وكيف تجب عليه ؟ فيه وجهان

أحدهما — وهو الأصح عندهم — تجب بينهم بالسوية ، فعلى هذا لا تراجُع بينهم بحال . والثانى تجب بينهم على قدر مواريثهم ، فعلى هذا يجب على الرجل ثلث النفقة ، وعلى كل واحد من الخنثيين خمس النفقة لأن ذلك هو اليقين .

قال القاضى أبو الفتوح من أصحابنا ونقله صاحب البيان : ويبقى من النفقة ربعها تفرض عليهم ، قال وهذا غلط بل تبقى من النفقة أربعة أسهم من خمسة عشر سهما . فإن قال أحدهم : أدفعها على أن أرجع بها على من بانت عليه عنده ودفعها ، كان له الرجوع على من بانت عنده ؛ وإن لم يرض أحدهم بدفعها قسمت عليهم أثلاثا فتقسم النفقة على خمسة وأربعين سهما فيدفع الذكر منها سبعة عشر سهما ويدفع كل خنثى ثلاثة عشر سهما ، فإن بانا امرأتين رجعا على الذكر بتمام النصف ، فترجع عليه كل واحدة منهما بسهم وثلاثة أرباع سهم مما دفعت ، وان بانا رجلين رجع الذكر على كل واحد منهما بسهمين وهو تمام الثلث . وإن بان أحدهما ذكراً والآخر امرأة رجعت المرأة على الذى بان رجلا بأربعة أسهم ورجع الذكر عليه بسهم

(فرع) فإن كان لرجل بنت وولدان خنثيان مشكلان فعلى طريقة أصحابنا البغداديين فى النفقة وجهان .

(أحدهما) أن جميع النفقة على الخنثيين ، فإن بانا رجلين فلا رجوع لهما وإن بانا امرأتين رجعتا كل واحدة منهما على أختها التى لم تنفق معها ثلث ما أنفقت . وإن بان أحدهما رجلا والآخر امرأة رجعت التى بانت امرأة على الذى بان رجلا بجميع ما أنفقت

والوجه الثانى : أن النفقة تجب عليهم أثلاثا — فإن بانا امرأتين فلا تراجع وإن بانا رجلين رجعت البنت بما أنفقت عليهما نصفين ، وإن بان أحدهما رجلا والآخر امرأة رجع المرأتان على الذى بان رجلا بجميع ما أنفقاه . وعلى طريقة الخراسانيين يقول العمرانى فى البيان والماوردى فى الحاوى وابن الصباغ فى الشامل يكون فى النفقة أيضا وجهان . أحدهما — وهو الأصح عندهم — أن النفقه تجب على الجميع بالسوية ، فعلى هذا لا تراجع بينهم بحال (والثانى) تجب بينهم على قدر مواريثهم ، فعلى هـــذا تجب على البنت خمس النفقه وهى أربعة من عشرين ، وعلى كل واحد من الخنثيين ربع النفقه وهو خمسة من عشرين ، لأن هذا هو اليقين وتبقى ستة أسهم إن دفعها أحدهم ليرجع بها على من بانت عنده جاز والا قسمت عليهم أثلاثاً ، فإن بانا امرأتين رجع كل واحد من الخنثيين على البنت بثلث سهم . وإن بانا رجلين رجعت البنت على كل واحد منهما بسهم وإن بان أحدهما رجلا والآخر امرأة رجعت البنت الأصلية عليه بسهم ورجعت عليه البنت الخنثى بسهمين ، والمشهور طريقة البغداديين

(فرع) وان كان له بنت وابن بنت موسران فحكى الشيخ المصنف هنا أن فيه قولين ، وحكاهما ابن الصباغ عن القاضى أبى حامد وجهين

(أحدهما) تجب النفقه على البنت لأنهما يستويان فى عدم التعصيب والبنت أقرب فكانت أولى بالايجاب عليها .

(والثانى) تجب على ابن البنت لأنه أقدر على النفقه بالذكوريه ، وان كان له بنت ابن وابن بنت ففيه ثلاثة أوجه حكاها ابن الصباغ (أحدها) تجب النفقه على بنت الابن لأنها تدلى بعصبه وقد تكون عصبه مع أختها

(والثانى) تجب النفقة على ابن البنت لأنه أقوى على النفقة بالذكورية

(والثالث) تجب النفقة عليهما بالسوية لأنهما متساويان فى الدرجة وعدم التعصيب . وإن كان له أم وبنت موسرتان كانت النفقة عليهما بالسوية لأنهما متساويان فى الدرجة وعدم التعصيب ، وإن كان له أم وبنت موسرتان كانت النفقة على البنت . وقال أبو حنيفة وأحمد : يكون على الأم ربع النفقة والباقى على البنت .

(فرع) وإن كان له قريبان موسران أحدهما أبعد من الآخر فحضر الأبعد وغاب الأقرب — قال المسعودى — وجب على الحاضر أن ينفق ، فإذا حضر الأقرب فهل يرجع عليه بما أنفق ؟ فيه وجهان الأصح له أن يرجع عليه ، وهذا إذا لم يوجد للغائب مال ينفق عليه منه . وإن كان له مال حاضر أنفق عليه منه ، وإن لم يكن له مال — وأمكن أن يقترض الحاكم عليه من بيت المال أو من إنسان — اقترض عليه ووجب عليه القضاء إذا حضر ، وإن لم يمكن كان على الحاضر أن ينفق ، فإن بان أن الغائب كان معسراً أو ميتاً وقت النفقة لم يرجع عليه بشىء بل تكون نفقته على الحاضر . وهكذا إن كان له ابنان موسران فحضر أحدهما وغاب الآخر كان على الحاضر نصف النفقة ، فإن كان للغائب مال أنفق منه نصف النفقة ، وإن لم يكن له مال وأمكن أن يقترض عليه من بيت المال أو من إنسان اقترض عليه الحاكم . وإن لم يمكن ذلك قال ابن الصباغ لزم الحاضر أن يقترض لأن نفقته عليه إذا انفرد

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن كان الذى تجب عليه النفقة يقدر على نفقة قريب واحد وله أب وأم يستحقان النفقة ففيه ثلاثة أوجه

(أحدها) أن الأم أحق لما روى « أن رجلا قال يا رسول الله من أبر ؟ قال أمك ، قال ثم من ؟ قال أمك ، قال ثم من ؟ قال أمك ، قال ثم من ؟ قال أباك » ولأنها تساوى الأب فى الولادة وتنفرد بالحمل والوضع والرضاع والتربية

(والثانى) أن الأب أحق لأنه يساويها فى الولادة وينفرد بالتعصيب .

ولأنهما لو كانا موسرين والابن معسراً قدم الأب فى وجوب النفقة عليها فقدم فى النفقة له .

(والثالث) أنهما سواء ، لأن النفقة بالقرابه لا بالتعصيب ، وهما فى القرابه سواء ، وإن كان له أب وابن ففيه وجهان ، أحدهما أن الابن أحق لأن نفقته ثبتت بنص الكتاب . والثانى أن الاب أحق لأن حرمته آكد ، ولهذا لا يقاد بالابن ويقاد به الابن ، وان كان له ابن وابن ابن أو أب وجد ، ففيه وجهان (أحدهما) أن الابن أحق من ابن الابن والاب أحق من الجد لأنهما أقرب ، ولأنهما لو كانا موسرين وهو معسر كانت نفقته على أقربهما ، فكذلك فى نفقته عليهما (والثانى) أنهما سواء لأن النفقة بالقرابه ، ولهذا لا يسقط أحدهما بالآخر إذا قدر على نفقتهما .

﴿ فصل ﴾ ومن وجبت عليه نفقته بالقرابه وجبت نفقته على قدر الكفايه لأنها تجب للحاجة فقدرت بالكفايه ، وان احتاج الى من يخدمه وجبت نفقة خادمه ، وان كانت له زوجة وجبت نفقة زوجته ، لأن ذلك من تمام الكفايه وان مضت مدة ولم ينفق على من تلزمه نفقته من الاقارب لم يصر ديناً عليه ، لأنها وجبت عليه لتزجية الوقت ودفع الحاجه ، وقد زالت الحاجه لما مضى فسقطت .

(الشرح) الحديث أخرجه أحمد والبخارى ومسلم من حديث أبى هريرة رضى الله عنه بلفظ «قال رجل : يا رسول الله أى الناس أحق منى بحسن الصحبه؟ قال أمك ، قال ثم من ؟ قال أمك ، قال ثم من ؟ قال أمك ، قال ثم من ؟ قال أبوك ، ولمسلم فى روايه « من أبر؟ قال أمك» وأخرجه أحمد وأبو داود والترمذى عن بهز بن حكيم عن أبيه عن جده قال « قلت : يا رسول الله من أبر ؟ قال أمك قال قلت ثم من ؟ قال أمك ، قال قلت يارسول الله ثم من؟ قال أمك ؛ قال قلت ثم من ؟ قال أباك ثم الاقرب فالاقرب» وأخرجه أيضا الحاكم وحسنه أبو داود عن بهز أيضا . ويؤخذ على المصنف قوله « لما روى » لما لم يسم فاعله وهى صيغة

التمريض التى أخذها عليه النووى وأخذناها عليه اتباعا للنووي فى غير ماموضع من المجموع ، لأن الحديث متفق عليه ولا يسوغ التعبير عنه بروى

أما الاحكام فإن كان من تجب عليه النفقة له قريبان معسران فإن فضل عن قوت يومه وليلته وما يكفيهما لزمه أن ينفق عليهما ، وإن لم يفضل عن قوته إلا مايكفى أحدهما بأن كان له أبوان معسران ولا يجد إلا نفقة أحدهمافيه ثلاثة أوجه (أحدها) تقدم الام لحديث أبى هريرة وبهز بن حكيم الذى ساقه المصنف فى الفصل وقد كرر الام ثلاثاً وقال فى الرابعة أباك ، ولأن الام عورة ليس لها بطش والاب ليس بعورة فكان تقديم الام أولى

(والثانى) أن الاب يقدم لأنهما متساويان فى الولاده وانفرد الاب بالتعصيب فكان أولى ، كما لو تقدم بدرجة ، ولأنهما لو كانا موسرين وهو معسر لكانت نفقته على الأب فوجب أن يقدم الاب فى وجوب تقديم نفقته ، كما يقدم فى وجوب نفقة الابن عليه

(والثالث) أنهما سواء فيقسط ذلك بينهما لاستوائهما فى الولادة والإدلاء

(فرع) وإن كان له أب وابن معسران ولا يقدر على نفقة أحدهما ، فاختلف أصحابنا ، فقال الشيخ أبو حامد : إن كان الابن طفلا فهو أولى بالتقديم لأنه ناقص الخلقة والأحكام ، والأب إما أن يكون زمناً أو مجنونا فيكون ناقص الخلقة أو ناقص الاحكام دون الخلقة ، فإن تساويا بأن يكون الابن بالغا زمنا فيكون ناقص الخلقة دون الاحكام أو مراهقاً صحيحاً فيكون ناقص الخلقة والاب زمن أو مجنون ففيه وجهان

(أحدهما) أن الابن أحق بالتقديم ، لأن وجوب نفقة الابن ثبت بنص القرآن ، ووجوب نفقة الاب على الابن مجتهد فيه

(والثانى) أن الاب مقدم لأن حرمته آكد من حرمة الابن ، بدليل أن الاب لا يقاد من ابنه والابن يقاد بالاب ، قال الشيخ أبو اسحاق : فيه وجهان من غير تفصيل . أحدهما الابن أولا . والثانى الاب أولا . وذكر العمرانى وجها ثالثاً أنهما سواء فقسم بينهما لاستوائهما فى الدرجة

(فرع) وان كان له أب وجد معسران ولا يقدر على نفقة أحدهما ففيه وجهان

(أحدهما) يقدم الأب لأنه أقرب، ولأنه يقدم في وجوب النفقة عليه فقدم في وجوب النفقة له

(والثاني) أنهما سواء فيقسم بينهما لأن الأب لا يمنع وجوب نفقة الجد وضاق ما في يد الجد عن نفقتها فيقسم ما بينهما كالذين، وهكذا إذا اجتمع ابن وابن ابن أو أم وأم أم ولم يقدر إلا على نفقة أحدهما فعلى وجهين

(مسألة) قوله: ومن وجبت عليه نفقته بالقرابة الخ — فجملة ذلك أنه إذا وجبت عليه نفقة القريب فإنها تجب غير مقدرة، بل يجب له ما يكفيه لأنها تجب للحاجة فتقدرت بالكفاية، وان احتاج القريب الى من يخدمه وجبت عليه نفقة خادمه، وان كانت له زوجة وجبت عليه نفقتها، لأن ذلك من تمام الكفاية. ويجب عليه الكسوة لأن كل من وجبت عليه نفقة شخص وجبت عليه كسوته كالزوجة، وإن احتاج الى مسكن وجب عليه سكناه لأن عليه كفايته، وذلك من كفايته، وإن مضت مدة ولم ينفق فيها على قريبه سقطت بمضى الزمان لأنها تجب للحاجة وقد زالت الحاجة.

(فرع) وإن وجبت عليه نفقة زوجته أو قريبه فامتنع من إخراجها أو هرب فإن الحاكم ينظر في ماله — فإن كان فيه من جنس النفقة — دفع النفقه منه. وان كان من غير جنس النفقه — فإن كانت كالدراهم والدنانير اشترى منها الحاكم الطعام والادام وصرفه الى من وجبت نفقته، وان وجد له متاعا باعه عليه. وقال أبو حنيفة: لا يباع عليه المتاع والعقار الا في موضع واحد، وهو إذا جاء الرجل الى الحاكم وقال: ان لفلان الغائب عندى سلعة أو عقارا وهذه زوجته لم ينفق عليها — فإن الحاكم يبيع عليه السلعة والعقار وينفق على زوجته من ثمن ذلك.

دليلنا أن ما جاز بيع الناض فيه بغير اذن من عليه الحق جاز بيع المتاع والعقار فيه بغير اذنه كنفقة الزوجه

قال المصنف رحمه الله تعالى:

(فصل) وان كان له أب فقيرا مجنونا أو فقيرا زمنا، واحتاج الى

الاعفاف وجب على الولد إعفافه على المنصوص ، وخرج أبو على بن خيران قولا آخر أنه لا يجب لأنه قريب يستحق النفقة ، فلا يستحق الاعفاف كالإبن والمذهب الاول ، لأنه معنى يحتاج الاب اليه ويلحقه الضرر بفقده ، فوجب كالنفقة ، وإن كان صحيحاً قويا وقلنا إنه تجب نفقته وجب إعفافه وإن قلنا لا تجب نفقته ففى إعفافه وجهان

(أحدهما) لا يجب ، لأنه لا تجب نفقته فلا يجب إعفافه

(والثانى) وهو قول أبى إسحاق أنه يجب إعفافه ، لأن نفقته ان لم تجب على القريب أنفق عليه من بيت المال ، والاعفاف لا يجب فى بيت المال فوجب على القريب . ومن وجب عليه الاعفاف فهو بالخيار بين أن يزوجه بحرة وبين أن يسريه بجارية ، ولا يجوز أن يزوجه بأمة لأنه بالإعفاف يستغنى عن نكاح الأمة ، ولا يعفه بعجوز ولا بقبيحة ، لأن الاصل من العفة هو الاستمتاع ، ولا يحصل ذلك بالعجوز ولا القبيحة ، فإن زوجه بحرة أو سراه بجارية ثم استغنى لم يلزمه مفارقة الحرة ، ولا رد الجارية ، لأن ما استحق للحاجة لم يجب رده بزوال الحاجة ، كما لو قبض نفقة يوم ثم أيسر

وإن أعفه بحرة فطلقها أو سراه بجارية فأعتقها لم يجب عليه بدلها ، لأن ذلك مواساة لدفع الضرر ، فلو أوجبنا البدل خرج من حد المواساة وأدى الى الضرر والضرر لا يزال بالضرر . وإن ماتت عنده ففيه وجهان (أحدهما) لا يجب البدل لأنه يخرج عن حد المواساة (والثانى) يجب لأنه زال ملكه عنها بغير تفريط فوجب بدله ، كما لو دفع اليه نفقة يوم فسرقت منه

(فصل) وإن احتاج الولد الى الرضاع وجب على القريب ارضاعه ، لأن الرضاع فى حق الصغير كالنفقة فى حق الكبير ، ولا يجب الا فى حولين كاملين ، لقوله تعالى « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة » فإن كان الولد من زوجته وامتنعت من الارضاع لم تجبر .

وقال أبو ثور : تجبر لقوله تعالى « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة » وهذا خطأ لأنها إذا لم تجبر على نفقة الولد مع وجود الأب لم تجبر على الرضاع ، وإن أرادت ارضاعه كره للزوج منعها ، لأن لبنها

أوفق له ، وان أراد منعها منه كان له ذلك ، لأنه يستحق الاستمتاع بها فى كل وقت الا فى وقت العبادة ، فلا يجوز لها تفويته عليه بالرضاع وان رضيا بإرضاعه فهل تلزمه زيادة على نفقتها ؟ فيه وجهان

(أحدهما) تلزمه ، وهو قول أبى سعيد وأبى اسحاق ، لأنها تحتاج فى حال الرضاع الى أكثر مما تحتاج فى غيره

(والثانى) لا تلزمه الزيادة على نفقتها فى النفقة ، لأن نفقتها مقدرة فلا تجب الزيادة لحاجتها ، كما لا تجب الزيادة فى نفقة الاكولة لحاجتها ، وان أرادت ارضاعه بأجرة ففيه وجهان (أحدهما) لا يجوز ، وهو قول الشيخ أبى حامد الاسفرايينى رحمة الله عليه ، لأن أوقات الرضاع مستحقة لاستمتاع الزوج ببدل وهو النفقة ، فلا يجوز أن تأخذ بدلا آخر (والثانى) أنه يجوز ، لأنه عمل يجوز أخذ الاجرة عليه بعد البينونة ، فجاز أخذ الاجرة عليه قبل البينونة كالنسج وان بانت لم يملك اجبارها على ارضاعه كما لا يملك قبل البينونة ، فان طلبت أجرة المثل على الرضاع ولم يكن للأب من يرضع بدون الاجرة كانت الام أحق به ، لقوله تعالى « فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن » وان طلبت أكثر من أجرة المثل جاز انتزاعه منها ، وتسليمه الى غيرها لقوله تعالى « وان تعاسرتم فسترضع له أخرى » ولأن ما يوجد بأكثر من عوض المثل كالمعدوم ، ولهذا لو وجد الماء بأكثر من ثمن المثل جعل كالمعدوم فى الانتقال الى التيمم فكذلك ههنا .

وان طلبت أجرة المثل وللأب من يرضعه بغير عوض أو بدون أجرة المثل ، ففيه قولان :

أحدهما : أن الام أحق بأجرة المثل ، لان الرضاع لحق الولد ، ولان لبن الام أصلح له وأنفع ، وقد رضيت بعوض المثل فكان أحق

والثانى : أن الاب أحق ، لان الرضاع فى حق الصغير كالنفقة فى حق الكبير ولو وجد الكبير من يتبرع بنفقته لم يستحق على الاب النفقة ، فكذلك اذا وجد من يتبرع بإرضاعه لم تستحق على الاب أجرة الرضاع ، وان ادعت المرأة أن الاب لا يجد غيرها فالقول قول الاب ؛ لانها تدعى استحقاق أجرة المثل والاصل عدمه .

(الشرح) الأحكام : إذا وجبت على الولد نفقة الأب والجد قبل الاب أو من قبل الام واحتاج الاب أو الجد الى الاعفاف بزوجة وجب على الولد أن يعفه بذلك إذا قدر على ذلك .

قال ابن خيران : وفيها قول آخر أنه لا يجب عليه ذلك ، وبه قال أبو حنيفة لأنه قريب فلم يستحق الاعفاف كالابن ، والاول أصح لأنه معنى يحتاج اليه ، ويستضر بفقده فلزمه كالنفقة والكسوة ، ويخالف الابن فإن الاب آكد حرمة منه فوجب له ما لا يجب له ، وإن كان الوالد معسراً صحيحاً غير مكتسب — فإن قلنا تجب نفقته على الولد — وجب عليه إعفافه ، وإن قلنا لا تجب نفقته عليه فنى إعفافه وجهان

(أحدهما) لا يجب عليه إعفافه لأنه لا يجب عليه نفقته فلم يجب عليه إعفافه كالموسر .

(والثانى) يجب عليه إعفافه لأن نفقته يمكن إيجابها فى بيت المال بخلاف الاعفاف ، واذا وجب على الولد الاعفاف فهو بالخيار بين أن يملكه جارية يحل له وطؤها أو يدفع اليه مالا يشترى به جارية أو يشتريها له بإذنه ، وفى عصرنا هذا لم يبق الا وجه واحد وهو أن يدفع اليه مالا ليتزوج به أو يتزوج له بإذنه، ولا يجوز أن يزوجه أمة لأنه صار مستغنياً به ، ولا يعفه بقبيحة ولا بعجوز لا استمتاع بها ، لأنه لا يحصل المقصود بذلك ، فإن ملكه جارية أو دفع اليه مالا فتزوج به امرأة ثم أيسر الاب لم يلزمه رد ذلك ، لأنه قبض ذلك وهو يستحقه ، فإن طلق الزوجة أو أعتق الامة لم يلزم الولد أن يعفه ثانيا ، لانه فوت ذلك على نفسه ، وان ماتت الزوجة أو الامة ففيه وجهان

(أحدهما) لا يلزمه اعفافه ثانيا ، لانه انما يجب عليه اعفافه مرة وقد فعل

(والثانى) يلزمه وهو الاصح لانه لا صنع له فى تفويت ذلك

(مسألة) قوله : وإن احتاج الولد الى الرضاع الخ ، فجملة ذلك أنها اذا ولدت ولداً وجب عليها أن تسقيه اللبا حتى يروى ، لانه لا يعيش الا بذلك ، فإن كان للطفل مال وجبت أجرة رضاعه فى ماله كما تجب نفقته اذا كان كبيراً فى ماله ، وان لم يكن له مال وجبت أجرة ارضاعه على من تجب عليه نفقته لو كان كبيراً لقوله تعالى

« فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن » ولا يجب ارضاعه الا فى حولين ، لقوله تعالى « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة » وان كان الولد من زوجته والاب عن يجب عليه نفقته لم تجبر الام على ارضاعه وبه قال أبو حنيفة واحمد .

وقال أبو ثور : تجبر على ارضاعه ، وعن مالك روايتان احداهما كقول أبى ثور ، والثانية وهى المشهورة عنه ان كانت شريفة لم تجبر على ارضاعه وان كانت دنية أجبرت على ارضاعه .

دليلنا قوله تعالى « فان تعاسرتم فسترضع له أخرى » واذا امتنعت فقد تعاسرت ، ولانها لا تجبر على نفقة الولد مع وجود الاب فكذلك الرضاع . اذا ثبت هذا — فان تطوعت بارضاعه — فالاولى للأب ألا يمنعها من ذلك ، لان الرضاع حق للولد ، والام أشفق عليه ، ولبنها أصلح له ، وهل يلزمه أن يزيدها على نفقتها ؟ فيه وجهان

(أحدهما) لا يلزمه لان نفقة الزوجة مقدرة بحال الزوج ، فلو قلنا يجب عليه الزيادة لاجل الرضاع لكانت نفقتها مقدرة بحالها فلم يلزمه ذلك ، كما لو كانت رغيبة فى الاكل فانه لا تلزمه الزيادة فى نفقتها

(والثانى) تلزمه الزيادة على نفقتها — وهو قول أبى سعيد الاصطخرى وأبى اسحاق المروزى لقوله تعالى « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف » فخص حال الولادة بذكر ايجاب النفقة ولا فائدة بذكر وجوبها فى الولادة الا وجوب الزيادة ، ولان العادة جرت أن المرضعة تحتاج من الطعام أكثر من غيرها فعلى هذا يبحث الحاكم فى قدر الزيادة على ما يراه

وان استأجر امرأته على الرضاع فهل يصح عقد الإجارة ؟ فيه وجهان

(أحدهما) يصح ، وبه قال أحمد ، لان كل عقد صح أن يعقده الزوج مع غير الزوجة صح أن يعقده مع الزوجة كالبيع

(والثانى) لا يصح وهو المشهور ، ولم يذكر الشيخ أبو حامد وابن الصباغ غيره ، وكذلك لو استأجرها لخدمة نفسه ، لان الزوج يملك الاستمتاع بها فى جميع الاوقات الا فى الاوقات المستحقة للعبادات . واذا أجرت نفسها لم تتمكن

من إيفاء حقه إلا بتعطيل حقه من الاستمتاع فلم يصح ، كما لو أجر العبد نفسه من سيده ، فإذا قلنا بهذا واستأجرها على إرضاعه بعوض فأرضعته ، فهل تستحق أجرة المثل ؟ فيه وجهان حكاهما ابن الصباغ

(أحدهما) لا تستحق ذاك لأنها لو استحقت أجرة فى ذاك الجاز لما عقد الإجارة لذلك .

(والثانى) تستحق أجرة المثل ، لأن هذه منفعة لا يجب عليها بذلها ، فإذا بذلتها بعوض ولم يحصل لها العوض وجب لها عوض المثل كسائر منافعها

(فرع) وإن أبان الرجل امرأته وله منها ولد يرضع لم يملك إجبارها على ارضاعه لأنه إذا لم يملك إجبارها على إرضاعه حال الزوجية لم يملك إجبارها بعد الزوجية ، فإن تطوعت بإرضاعه لم يجز للأب انتزاعه منها ، لأنه لا حق له فى استمتاعها ، وإن استأجرها على إرضاعه صح ذلك لقوله تعالى « فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن ، ولأنه لا يملك الاستمتاع بها بخلاف ما لو استأجرها فى حال الزوجية ، فان طلبت منه أجرة المثل ولا يجد الأب من يرضعه بغير أجرة أو بدون أجرة المثل وجب عليه بذل ذاك لها ، ولم يجز له انتزاعه منها لأن الارضاع حق للولد ، ولبن الام أنفع له من لبن غيرها ، وإن طلبت منه أكثر من أجرة المثل كان له انتزاعه منها لقوله تعالى « وإن تعاسرتم فسترضع له أخرى » وإذا طلبت منه أكثر من أجرة المثل فقد تعاسرت . وان طلبت أجرة المثل ووجد الاب من يرضعه بدون أجرة المثل أو من ترضعه بغير أجرة فاختلف أصحابنا ، فمنهم من قال فيه قولان

(أحدهما) أن الام أحق برضاعه بأجرة المثل لقوله تعالى « فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن» ولم يفرق ، ولانه روى فى الحديث «الأم أحق بكفالة ولدها ما لم تتزوج » ولأن الرضاع حق للولد ولبن الأم أنفع له وأصلح فكانت أولى

(والثانى) أن للأب أن ينتزعه لقوله تعالى « فان تعاسرتم فسترضع له أخرى » والتعاسر هو الشدة والتضايق

قال القرطبى « وإن تعاسرتم » أى فى أجرة الرضاع فأبى الزوج أن يعطى الأم رضاعها وأبت الام أن ترضعه فليس له إكراهها ، وليستأجر مرضعة غير

أمه . وقيل معناه وان تضايقتم وتشاكستم فليسترضع لولده غيرها ، وهو خبر في معنى الأمر .

وقال الضحاك : ان أبت الام أن ترضع استأجر لولده أخرى ، فان لم يقبل أجبرت أمه على الرضاع بالأجر .

وذكر اختلاف الفقهاء على ثلاثة أقوال : فأورد قول علمائهم من المالكية أن رضاع الولد على الزوجة ما دامت الزوجية — الا لشرفها وموضعها — فعلى الاب أن رضاعه يومئذ فى ماله . والثانى قال أبو حنيفة : لا يجب على الام بحال الثالث : يجب عليها فى كل حال اه

قال القاضى العمرانى من أصحابنا : واذا وجد الرجل من يرضعه بدون أجرة المثل أو بغير أجرة وطلبت الام أجرة المثل فقد تعاسرت فكان له نزعه منها ، ولأن نفقة ارضاع الطفل كنفقة المراهق ، ولو وجد من يتطوع بالإنفاق على المراهق لم يجب على الأب نفقته ، فكذلك اذا وجد من يتطوع بارضاع الطفل لا يجب عليه أجرة المثل .

وقال أبو اسحاق المروزى : للأب انتزاعه قولا واحداً ، والقول الآخر لا يعرف فى شىء من كتب الشافعى . وقال أبو حنيفة : للأب انتزاعه ولكن لا يسقط حق الأم من الحضانة ، فتأتى المرضعة وترضعه عند الأم . دليلنا أن الحضانة تابعة للرضاع ، فاذا سقط حقها من الرضاع سقط حقها من الحضانه .

اذا ثبت هذا فان ادعى الاب أنه يجد من يرضعه بغير أجرة أو بدون أجرة المثل — وقلنا له انتزاعه ، فان صدقته الام أنه يجد ذلك كان له انتزاعه منها ، وان كذبته فالقول قوله مع يمينه ، فاذا حلف انتزعه من يد الأم ويسلم الى المرضعة ولا يمنع الام من زيارته لقوله صلى الله عليه وسلم « لا توله والدة بولدها »

قال المصنف رحمه الله تعالى :

﴿ فصل ﴾ ويجب على المولى نفقة عبده وأمته وكسوتهما لما روى أبو هريرة رضى الله عنه « أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : للمملوك طعامه وكسوته ولا يكلف من العمل الا ما يطيق » ويجب عليه نفقته من قوت البلد لأنه هو المتعارف

فإن تولى طعامه استحب أن يطعمه منه لما روى أبو هريرة رضى الله عنه قال ، قال أبو القاسم صلى الله عليه وسلم « إذا جاء أحدكم خادمه بطعام فليجلسه معه ، فإن لم يجلسه معه فليناوله أكلة أو أكلتين ، فإنه تولى علاجه وحره » فإن كانت له جارية للتسرى أستحب أن تكون كسوتها أعلى من كسوة جارية الخدمة ، لأن العرف أن تكون كسوتها أعلى فوق كسوة جارية الخدمة .

﴿ فصل ﴾ ولا يكلف عبده وأمته من الخدمة ما لا يطيقان لقوله صلى الله عليه وسلم « ولا يكلفه من العمل ما لا يطيق ولا يسترضع الجارية إلا ما فضل عن ولدها ، لأن فى ذلك إضراراً بولدها ، وإن كان لعبده زوجة أذن له فى الاستمتاع بالليل ، لأن إذنه بالنكاح يتضمن الإذن فى الاستمتاع بالليل ، وإن مرض العبد أو الأمة أو عميا أو زمنا لزمه نفقتهما ، لأن نفقتهما بالملك ، ولهذا تجب مع الصغر فوجبت مع العمى والزمانة ، ولا يجوز أن يجبر عبده على المخارجة لأنه معاوضة فلم يملك إجباره عليها كالكتابة . وإن طلب العبد ذلك لم يجبر المولى كما لا يجبر إذا طلب الكتابة ، فإن اتفقا عليها وله كسب جاز لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم حجمه أبو طيبة فأعطاه أجره ، وسأل مواليه أن يخففوا من خراجه ، وإن لم يكن له كسب لم يجز لأنه لا يقدر على أن يدفع اليه من جهة تحل فلم يجز .

(الشرح) حديث أبى هريرة الأول أخرجه أحمد فى المسند ومسلم فى العتق عن حجاج ، وفى الأطعمة عن حفص بن عمر ، وقال « ولا يكلف من العمل ما لا يطيق »

وحديث أبى هريرة الثانى أخرجه البخارى ومسلم فى النذور والأطعمة وأبو داود فى الاطعمة عن عبد الله بن مسلمة القعنبى ، وكذا أخرجه أحمد فى مسنده وبقية أصحاب السنن بلفظ « إذا أتى أحدكم خادمه بطعامه — فإن لم يجلسه معه — فليناوله لقمة أو لقمتين أو أكلة أو أكلتين ، فانه ولى حره وعلاجه .

وحديث أبى طيبة الحجام واسمه دينار وهو مولى بنى حارثة ، وحديثه هذا أخرجه البخارى فى البيوع عن عبد الله بن يوسف ، وفى الاجارة عن محمد بن

يوسف وعن آدم ، وفى الطب عن محمد بن مقاتل . وأخرجه مسلم فى البيوع عن أحمد بن الحسن وعن يحي بن أيوب وقتيبة وعلى بن حجر ، وعن محمد بن يحي بن أبى عمر وأخرجه أبو داود فى البيوع عن القعنبى ، وأخرجه الترمذى عن على بن حجر والطبرانى فى الجامع عن حميد الطويل

أما اللغات فقوله « إذا أتى أحدكم خادمه » بنصب أحدكم على المفعولية ونصب خادمه على الفاعلية ، والخادم يطلق على الذكر والانثى والحر والمملوك . وقوله « علاجه » أى مزاولته لما استعصى من أموره ، ويقال لجبال الرمل علاج ، والحر جمع الحرّة وهو الأرض ذات الحجارة النخرة السوداء ، وهى أثر من آثار البراكين ، وهو كناية عن تحمله أموره الشاقة فى أبلغ تعبير لأنه يعالج له إعداد الطعام ويعالجه له ويتحمل حرارة النار فى إنضاجه

أما الأحكام فانه يجب على المرء نفقة خادمه وكسوته لحديث أبى هريرة فى الرجل الذى قال معى دينار ، قال انفقه على نفسك ، قال معى آخر ، قال انفقه على ولدك ، قال معى آخر ، قال انفقه على أهلك ، قال معى آخر ، قال انفقه على خادمك . ولحديث أبى هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « للمملوك طعامه وكسوته بالمعروف ولا يكلف من العمل ما لا يطيق » وهو اجماع لاخلاف فيه فان كان الخادم غير مكتسب ، بأن كان صغيراً أو مريضا أو كبيراً أو زمناً فنفقته على سيده .

ويجب أن يكون طعامه من قوت أهل البلد لقوله صلى الله عليه وسلم « أطعموهم مما تأكلون وألبسوهم مما تلبسون »

وإن كان الخادم يقدم الطعام لسيده أو يلى إعداده واصلاحه ، فيستحب للسيد أن يجلسه معه ويطعمه منه لما روى أبو هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « فليجلسه معه أو يطعمه منه لقمة أو لقمتين » ولأن الانسان اذا تولى طعاماً اشتهى أن يأكل منه فاستحب أن يطعم منه كما يستحب لمن قسم الميراث أن يرزق من حضر القسمة منها ، وأيهما أفضل ؟

(أحدهما) أن الأفضل أن يجلسه معه ليأكل ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم بدأ به ، ولأنه اذا أكل معه أكل قدر كفايته ومنهم من قال : ليس أحدهما

أفضل من الآخر ، بل إن شاء أجلسه معه وإن شاء أطعمه ، لأن النبي (ص) خيره بين أن يجلسه معه وبين أن يغمس له لقمة أو لقمتين في الأدم ، والاول أصح . هكذا أفاده أصحابنا في كتبهم ، وما بقي من الفصل فعلى وجهه ، وينبغي ألا يكلفه إلا ما يطيق الدوام عليه لا ما يطيق يوماً أو يومين أو ثلاثة ثم يعجز هكذا قال الشافعي في الام والله أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

﴿ فصل ﴾ ومن ملك بهيمة لزمه القيام بعلفها لما روى ابن عمر رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال «عذبت امرأة في هرة ، حبستها حتى ماتت جوعا فدخلت فيها النار — فقيل لها والله أعلم — لا أنت أطعمتها وسقيتها حين حبستها ، ولا أنت أرسلتها حتى تأكل من خشاش الأرض حتى ماتت جوعا » ولا يجوز له أن يحمل عليها ما لا تطيق ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم منع أن يكلف العبد ما لا يطيق فوجب أن تكون البهيمة مثله ، ولا يحلب من لبنها إلا ما يفضل عن ولدها لأنه غذاء للولد فلا يجوز منعه

(فصل) وإن امتنع من الانفاق على رقيقه أو على بهيمته أجبر عليه كما يجبر على نفقة زوجته ، وان لم يكن له مال أكرى عليه ان أمكن اكراؤه ، فان لم يمكن بيع عليه كما يزال الملك عنه في امرأته اذا أعسر بنفقتها ، والله أعلم

(الشرح) الحديث الاول أخرجه مسلم في صحيحه عن أبي كريب في الحيوان من حديث أبي هريرة ، وأخرجه أيضا في التوبة عن محمد بن رافع وعبد بن حميد من حديث أبي هريرة بلفظ المصنف مضى في الفصل قبله .

أما اللغات فقوله « من خشاش الارض » أي من حشراتها ووزغها ومادته خشّ ، وخش في الشيء دخل فيه .

قال زهير : نخشّشت بها خلال الفدفد

وفي حديث عبد الله بن أنيس ، فخرج يمشي حتى خش فيهم ، ومنه يقال لما يدخل في أنف البعير خشاش ، وقال ابن شميل الخشاش حية صغيرة سمراء أصغر

من الارقم . وقال أبو خيرة ، الخشاش حية بيضاء قلما تؤذى ، وقال أبو عبيد فى حديث « أن امرأة ربطت هرة فلم تطعمها ولم تدعها تأكل من خشاش الارض» قال يعنى من هوام الارض وحشراتها ودوابها وما أشبهها . قال فى النهاية فى الحديث ، أى هوامها وحشراتها الواحدة خشاشة ، وفى رواية من خشيشها . وهى بمعناه ، ويروى بالحاء المهملة وهو يابس النبات ، وهو وهم . وقيل انما هو خُشيش بضم الخاء المعجمة تصغير خشاش على الحذف وخشيِّش من غير حذف ومنه حديث العصفور « لم ينتفع بى ولم يدعنى أختشّ من الارض » أى آكل من خشاشها .

أما الاحكام فان من ملك بهيمة لزمه القيام بعلفها سواء كانت مما تؤكل أو مما لا تؤكل ، لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « اطلعت فى النار ليلة أسرى بى فرأيت امرأة فيها ، فسألت عنها فقيل انها ربطت هرة لم تطعمها ولم تسقها ، ولم تدعها تأكل من خشاش الأرض حتى ماتت فعذبها الله بذلك ، واطلعت فى الجنة فرأيت امرأة مومسة (يعنى زانية) فسألت عنها فقيل انها مرت بكلب يلهث من العطش فأرسلت ازارها فى بئر ثم عصرته فى حلقه فغفر الله لها بذلك» وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن تعذيب الحيوان . وقال « فى كل كبد حرّى أجر » .

فلو قلنا لا يجب الانفاق عليها أسقطنا حرمتها ، فان كانت فى المصر لزمه الانفاق عليها ؛ وان كان فى الصحراء — فان كان بها من الكلأ ما يقوم بكفايتها فخلاها للرعى — لم يجب عليه العلف لأنها تجترىء على عادة أهل مصر ، لأن صحاريها يقل فيها العلف .

وقال الخراسانيون : ان كانت البهيمة مشقوقة الشفة العليا فإنها تجترىء بالكلأ عن العلف ، وان كانت غير مشقوقة الشفة العليا فلا تجترىء بالرعى ولا بد من علفها ، وان لم يكن بها من الكلأ مايقوم بها لزمه من العلف ما يقوم بها فان لم يعلفها — فان كانت مما يؤكل — كان له أن يذبحها وله أن يبيعها ، وان كانت مما لا يؤكل كان له بيعها — فان امتنع من ذلك أجبره السلطان على علفها أو بيعها أو ذبحها ان كانت مما يؤكل ، ولولى الامر أن يخصص مراحا يعلفها فيه ويداوى

مرضاها على نفقة صاحبها ، وله أن يخصص من البياطرة من ينزعون الدواب من أيدى المقصرين فى حقها وردها اليهم بعد شفائها عليهم أو أجبره على بيعها. وقال أبو حنيفة لا يجبره على ذلك بل يأمره به كما يأمره بالمعروف وينهاه عن المنكر ودليلنا أنها نفقة واجبة فإذا امتنع منها أجبره ولى الأمر على أدائها كنفقة العبد وإن كان للبهيمة ولد لم يحلب من لبنها إلا ما فضل من ولدها ، لأن لبنها غذاء للولد فلا يجوز منعه منه كما قلنا فى الجارية . والله تعالى أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

باب الحضانة

إذا افترق الزوجان ولهما ولد بالغ رشيد فله أن ينفرد عن أبويه لأنه مستغن عن الحضانة والكفالة ، والمستحب أن لا ينفرد عنهما ولا يقطع بره عنهما . وإن كانت جارية كره لها أن تنفرد ، لأنها إذا انفردت لم يؤمن أن يدخل عليها من يفسدها ، وإن كان لهما ولد مجنون أو صغير لا يميز ، وهو الذى له دون سبع سنين ، وجبت حضانته ، لأنه إن ترك حضانته ضاع وهلك

(فصـــل) ولا تثبت الحضانة لرقيق لأنه لا يقدر على القيام بالحضانة مع خدمة المولى ، ولا تثبت لمعتوه لأنه لا يكمل للحضانة ولا تثبت لفاسق ، لأنه لا يوفى الحضانة حقها ، ولأن الحضانة إنما جعلت لحظ الولد ولا حظ للولد فى حضانة الفاسق ، لأنه ينشأ على طريقته ، ولا تثبت لكافر على مسلم .

وقال أبو سعيد الاصطخرى : تثبت للكافر على المسلم ؛ لما روى عبد الحميد ابن سلمة [1] عن أبيه أنه قال : أسلم أبى وأبت أمى أن تسلم وأنا غلام ، فاختصما

---

(١) هكذا بالمتن المطبوع ، والصواب عبد الحميد بن جعفر ، وهو ما اعتمدناه فى الشرح ، وقد وجدنا كثيراً من الفقهاء يتابعون أبا إسحاق فى كونه ابن سلمة كالعمرانى فى البيان ، وهذا خطأ ، والصواب ما اعتمدناه هنا . أما عبد الحميد بن سلمه الأنصارى فيقال هو ابن يزيد بن سلمة وهو مجهول ؟ المطيعى

إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : يا غلام اذهب إلى أيهما شئت ، إن شئت الى أبيك ، وإن شئت الى أمك ، فتوجهت الى أمي ، فلما رآني النبي صلى الله عليه وسلم سمعته يقول اللهم اهده فملت الى أبي فقعدت في حجره » والمذهب الأول ، لأن الحضانة جعلت لحظ الولد ولا حظ للولد المسلم في حضانة الكافر ، لأنه يفتنه عن دينه وذلك من أعظم الضرر ، والحديث منسوخ ، لأن الامة أجمعت على أنه لا يسلم الصبي المسلم الى الكافر ، ولا حضانة للمرأة إذا تزوجت ، لما روى عبد الله بن عمرو بن العاص « أن امرأة قالت يارسول الله ان إبني هذا كان بطني له وعاء ، وثديي له سقاء ، وحجري له حواء ، وان أباه طلقني وأراد أن ينزعه مني ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أنت أحق به ما لم تنكحي » ولأنها اذا تزوجت اشتغلت باستمتاع الزوج عن الحضانة . فإن أعتق الرقيق وعقل المعتوه وعدل الفاسق ، وأسلم الكافر عاد حقهم من الحضانة ؛ لأنها زالت لعلة فعادت بزوال العلة ، واذا طلقت المرأة عاد حقها من الحضانة

وقال المزني ان كان الطلاق رجعياً لم يعد لأن النكاح باق ، وهذا خطأ لأنه انما سقط حقها بالنكاح لاشتغالها باستمتاع الزوج ، وبالطلاق الرجعي يحرم الاستمتاع كما يحرم بالطلاق البائن، فعادت الحضانة

(فصل) ولا حضانة لمن لا يرث من الرجال من ذوي الارحام وهم ابن البنت وابن الاخت وابن الاخ من الام وأبو الام والخال والعم من الام لأن الحضانة انما تثبت للنساء لمعرفتهن بالحضانة أو لمن له قوة قرابة بالميراث من الرجال وهذا لا يوجـــد في ذوي الارحام من الرجال ولا يثبت لمن أدلى بهم من الذكور والاناث ، لأنه اذا لم يثبت لهم لضعف قرابتهم فلأن لا يثبت لمن يدلي بهم أولى

(الشرح) حديث عبد الحميد بن جعفر عن أبيه عن جده رافع بن سنان ، وهو أبو الحكم الانصاري الاوسي . أخرجه أبو داود في الطلاق عن ابراهيم بن موسى الرازي والنسائي في الطلاق أيضا عن محمود بن غيلان . ورواه أحمد بلفظ « قال أخبرني أبي عن جدي رافع بن سنان أنه أسلم وأبت امرأته أن تسلم فأتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت ابنتي وهي فطيم أو شبهه ، وقال رافع ابنتي. فقال

رسول الله صلى الله عليه وسلم اقعد ناحية ، وقال لها اقعدى ناحية ، فأقعد الصبية بينهما ثم قال ادعوها فمالت إلى أمها ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: اللهم اهدها فمالت إلى أبيها فأخذها »

ووقعت هذه الصيغة فى رواية عند أبى داود ، كما وردت بلفظ « فجاء بابن له صغير » وأخرجه بلفظ الأنثى النسائى وابن ماجه والدارقطنى وفى إسناده اختلاف كثير وألفاظه مختلفـــة مضطربة ، وقد رجح ابن القطان رواية الإبن . وقال ابن المنذر : لا يثبته أهل النقل وفى إسناده مقال .

قلت : قد صححه الحاكم وذكر الدراقطنى أن البنت المخيرة اسمها عميرة .

وقال ابن الجوزى : رواية من روى أنه كان غلاماً أصح . وقال ابن القطان : لو صحت رواية من روى أنها بنت لاحتمل أنهما قصتان لاختلاف المخرجين

وقد اختلف النقاد فى عبد الحميد بن جعفر ، فقال ابن حجر فى التقريب صدوق رمى بالقدر وربما وهم . وقال الذهبى فى الميزان : عبد الحميد بن جعفر عن أبيه ونافع ومحمد بن عمرو بن عطاء وعنه يحيى القطان وأبو عاصم وعدة . قال النسائى ليس به بأس، وكذا قال أحمد . وقال ابن معين ثقة ، وقد نقم عليه الثورى خروجه مع محمد بن عبد الله . وقال أبو حاتم لا يحتج به ، وقيل كان يرى القدر والله أعلم ، نعم قال على بن المدينى : كان يقول بالقدر ، وهو عندنا ثقة ، وكان سفيان يضعفه . اه .

أما حديث عبد الله بن عمرو فقد رواه أحمد بلفظ « أن امرأة قالت يارسول الله إن ابنى هذا كان بطنى له وعاء وحجرى له حواء وثديى له سقاء وزعم أبوه أنه ينزعه منى ، فقال أنت أحق به ما لم تنكحى » وأخرجه أبو داود فى الطلاق عن محمد بن خالد ولكن فى لفظه « وأن أباه طلقنى وزعم أنه ينتزعه منى » وأخرجه البيهقى والحاكم وصححه ، وهو من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده .

أما اللغات فإن الحضانة مشتقة من الحضن وهو مادون الابط إلى الكشح . وقيل هو الصدر والعضدان وما بينهما ، والجمع أحضان ومنه الاحتضان ، وهو احتمالك الشىء وجعله فى حضنك ، كما تحتضن المرأة ولدها فتحمله فى أحد شقيها

وفى الحديث أنه خرج محتضنا أحد ابنى ابنته ، أى حاملا له فى حضنه ، والحضن الجنب وهما حضنان . وفى حديث أسيد بن الحضير أنه قال لعامر بن الطفيل أخرج بذمتك لئلا أنفذ حضنيك ؛ والمحتضن الحضن . قال الكميت

كما خامرت فى حضنها أم عامر لدى الحبل حتى غال أوس عيالها

وحضنا الليل جانباه ، وحضن الجبل ما يطيف به ، وفى حديث على كرم الله وجهه « عليكم بالحضنين » يريد بجنبى العسكر ، وحضن الطائر بيضه وعلى بيضه يحضن حضناً وحضانة وحضاناً وحضوناً رجن عليه للتفريخ . قال الجوهرى حضن الطائر بيضه إذا ضمه إلى نفسه تحت جناحيه ، وكذلك المرأة إذا حضنت ولدها ، وحمامة حاضن بغير هاء ؛ واسم المكان المحضن ، والمحضنة المعمولة للحمامة كالقصعة الروحاء من الطين . وحضن الصبى يحضنه حضنا رباه ، والحاضن والحاضنة الموكلان بالصبى يحفظانه ويربيانه . وفى حديث عروة بن الزبير « عجبت لقوم طلبوا العلم حتى اذا نالوا منه صاروا حضاناً لأبناء الملوك » أى مربين وكافلين ، وحضان جمع حاضن ، لأن المربى والكافل يضم الطفل إلى حضنه وبه سميت الحاضنة ، وهى التى تربى الطفل ، والحضانة بالفتح فعلها ، والحجر بمعنى وحواء أى يحويه ويحيط به .

أما الأحكام فإذا بانت الزوجة وبينهما ولد — فإن كان بالغاً رشيداً لم يجبر على الكون مع أحدهما ، بل يجوز له أن ينفرد عنهما ، إلا أن المستحب له أن لا ينفرد عنهما لئلا ينقطع بره وخدمته عنهما . وهل يكره له الانفراد عنهما ؟ ينظر فيه — فإن كان رجلا — لم يكره له الانفراد عنهما وان كانت امرأة ، فإن كانت بكراً ، كره لها الانفصال عنهما لأنها لم تجرب الرجال ولا يؤمن أن تخدع وإن كانت ثيباً فارقها زوجها لم يكره لها الانفراد عنهما لأنها قد جربت الرجال ولا يخشى عليها أن تخدع .

وقال مالك يجب على الابنة أن لا تفارق أمها حتى تتزوج ويدخل بها الزوج دليلنا أنها اذا بلغت رشيدة فقد ارتفع الحجر عنها ؛ فكان لها أن تنفرد بنفسها ولا اعتراض عليها ، كما لو تزوجت ثم بانت عنه ، وان كان الولد صغيراً لا يميز

وهو الذى له دون سبع سنين أو كبيراً إلا أنه مجنون أو ضعيف العقل وجبت حضانته ، لأنه إذا ترك منفرداً ضاع .

ولا تثبت الحضانة لمعتوه — وهو ناقص العقل — ولا لمجنون لأنه لا يصلح للحضانة ، ولا تثبت الحضانة لفاسق لأنه لا يؤمن أن ينشأ الطفل على منزعه ، وإن كان أحد الأبوين مسلماً فالولد مسلم ولا تثبت عليه الحضانة للكافر . وقال أبو سعيد الاصطخرى تثبت الحضانة للكافر على المسلم لحديث عبد الحميد بن جعفر عن أبيه ، وقد أوردنا طرقه آنفاً ، وقد قال المصنف إنه منسوخ ، ونقول : إن هذا الحديث استدل به القائلون بثبوت الحضانة للأم الكافرة كأبى حنيفة وأصحابه وابن القاسم المالكى وأبو ثور ، وذهب الجمهور إلى أنه لا حضانة للكافرة على ولدها المسلم .

وأجابوا عن الحديث بما تقدم من المقال فيه وبما فيه من الاضطراب ، ولكن الحديث بأسانيده وطرقه يصلح للاحتجاج به ، والاضطراب ممنوع باعتبار محل الحجة ، وهو كفر الام وثبوت التخيير . وهذان العنصران هما ما يدور حولهما الحكم . ولعل المصنف يحتج فى النسخ بأدلة عامة ، كقوله تعالى « ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا » وبنحو « الاسلام يعلو » وقد استدل ابن القيم بقوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا قوا أنفسكم وأهليكم ناراً » على أن المراعى أولا فى التخيير أو الاستهام بالقرعة ما هو أصلح للصغير ، وأن أياً ما كان الامر من التخيير أو التعيين أو الاقتراع ، فإن أولئك مقيد بقوله تعالى « قوا أنفسكم وأهليكم ناراً »

وحكى عن شيخه ابن تيمية أنه قال : تنازع أبوان صبياً عند الحاكم فخير الولد بينهما فاختار أباه ، فقالت أمه سله لأى شىء يختاره ؟ فسأله فقال : أمى تبعثنى كل يوم للكاتب والفقيه يضربانى وأبى يتركنى ألعب مع الصبيان فقضى به للأم . ورجح هذا ابن تيمية

فإذا كانت روح الشرع تقضى بمراعاة صالح الصغير ، فإن مما لا شك فيه أن إلقاءه فى أحضان الكفر قضاء على صلاحه دنيا وأخرى . ومن ثم يتعين خطأ أبى سعيد الاصطخرى وأبى حنيفة وأصحابه وابن القاسم وأبى ثور

وقال العمرانى ان الحضانة لحظ الولد ولا حظ له فى حضانة الكافر ، لأنه لا يؤمن أن يفتن عن دينه . ثم قال ، أما الحديث فغير معروف عند أهل النقل وإن صح فيحتمل أن يكون النبي صلى الله عليه وسلم علم أنه يختار أباه ، فلهذا خيره ، فيكون ذلك خاصاً لذلك الولد دون غيره اه

(فرع) وإذا تزوجت المرأة سقط حقها من الحضانة ، وبه قال مالك وأبوحنيفة وقال الحسن البصرى لا يسقط حقها لقوله تعالى « وربائبكم اللاتى فى حجوركم من نسائكم » ولأن النبي صلى الله عليه وسلم تزوج أم سلمة ومعها بنتها زينب فكانت عندها .

وروى ابن عباس أن علياً وجعفر ابنى أبى طالب وزيد بن حارثة تنازعوا فى حضانة ابنة حمزة بن عبد المطلب ، واختصموا الى النبي صلى الله عليه وسلم ، فقال جعفر أنا أحق بها أنا ابن عمها وخالتها تحتى ، وقال على أنا أحق بها أنا ابن عمها وإبنة رسول الله صلى الله عليه وسلم تحتى – يعنى إبنة ابن عمها . وقال زيد أنا أحق بها لأنها إبنة أخى – وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم آخى بين زيد بن حارثة – فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم لخالتها وقال الخالة أم . فقضى بها للخالة وهي مزوجة

ودليلنا ما روى عبد الله بن عمرو « أن امرأة أتت النبي صلى الله عليه وسلم وقالت يا رسول الله ان ابنى هذا كان بطنى له وعاء ، وحجرى له حواء ، وثديى له سقاء ، وإن أباه طلقنى ويريد أن ينزعه منى ، فقال صلى الله عليه وسلم أنت أحق به ما لم تنكحى »

وروى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « الأم أحق بولدها ما لم تتزوج » ولأنها إذا تزوجت استحق الزوج الاستمتاع بها إلا فى وقت العبادة ، فلا تقوم بحضانة الولد . وأما الآية فالمراد بها إذا لم يكن هناك أب أو كان ورضى وأما زينب وابنة حمزة فلأنه لم يكن هناك من النساء من تستحق الحضانة خالية من الأزواج .

اذا ثبت هذا فإن طلقت الزوجة طلاقاً بائنا أو رجعيا عاد حقها من الحضانة وقال مالك لا يعود حقها من الحضانة بحال

وقال أبو حنيفة والمزنى : ان كان الطلاق بائناً عاد حقها ، وإن كان رجعياً لم يعد حقها ، لأن الزوجية باقية بينهما ، ودليلنا أن حقها إنما سقط لاشتغالها عن الحضانة باستمتاع الزوج ، ولا يملك الزوج الاستمتاع بها بعد الطلاق البائن والرجعى ، فعاد حقها من الحضانة .

وإن أعتق الرقيق ، أو عقل المجنون والمعتوه ، أو عدل الفاسق ، أو أسلم الكافر عاد حقهم من الحضانة ، لأن الحضانة زالت بمعنى ، وقد زال المعنى فعادت الحضانة .

(مسألة) قوله « ولا حضانة لمن لا يرث من الرجال من ذوى الأرحام » وهذا صحيح مثل ابن الأخت وابن الأخ للأم وأبى الأم والخال وابن العم لأنه ذكر لا يرث فأشبه الأجنبى . وقال المصنف هنا: ولا تثبت الحضانة لابن البنت. وهذا الذى قاله لا يتصور فى حضانة الصغير ، وإنما يتصور فى الكبير والمجنون لأنا قد قلنا يجب حضانته كما يجب حضانة الصغير ، ولا تثبت الحضانة لمن أدلى من النساء والرجال بهؤلاء الرجال ، لأن الحضانة إذا لم تثبت لهم بأنفسهم لم تثبت لمن أدلى بهم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

﴿ فصل ﴾ وإن اجتمع النساء دون الرجال وهن من أهل الحضانة فالأم أحق من غيرها ، لما روى عبد الله بن عمرو بن العاص أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « أنت أحق به ما لم تنكحى » ولأنها أقرب اليه وأشفق عليه ، ثم تنتقل إلى من يرث من أمهاتها ، لمشاركتهن الأم فى الولادة والارث ، ويقدم الأقرب فالأقرب ، ويقدمن على أمهات الاب ، وإن قربن لتحقق ولادتهن ، ولأنهن أقوى فى الميراث من أمهات الاب ، لأنهن لا يسقطن بالاب ، وتسقط أمهات الاب بالام ، فإذا عدم من يصلح للحضانة من أمهات الام ففيه قولان . قال فى القديم تنتقل إلى الاخت والخالة ، ويقدمان على أم الاب ، لما روى البراء بن عازب رضى الله عنه « أن النبى صلى الله عليه وسلم قضى فى بنت حمزة لخالتها وقال الخالة بمنزلة الام » ولأن الخالة تدلى بالام ، وأم الاب تدلى بالاب ، والام تقدم

على الاب فقدم من يدلى بها على من يدلى به ، ولأن الاخت ركضت مع الولد فى الرحم ، ولم تركض أم الاب معه فى الرحم ، فقدمت عليها ، فعلى هذا تكون الحضانة للأخت من الاب والام ، ثم الاخت من الام ثم الخالة ثم لام الاب ثم للأخت من الاب ثم للعمة

وقال فى الجديد : اذا عدمت أمهات الام انتقلت الحضانة الى أم الاب وهو الصحيح ، لانها جدة وارثة فقدمت على الأخت والخالة كأم الام . فعلى هذا تكون الحضانة لام الاب ثم لامهاتها وان علون ، الاقرب فالاقرب ، ويقدمن على أم الجد كما يقدم الاب على الجد ، فإن عدمت أمهات الاب انتقلت الى أمهات الجد ثم الى أمهاتها وان علون ، ثم تنتقل إلى أمهات أب الجد ، فإذا عدم أمهات الابوين انتقلت الى الاخوات ويقدمن على الخالات والعمات ، لانهن راكضن الولد فى الرحم وشاركنه فى النسب ، وتقدم الاخت من الاب والام ثم الاخت للأب ثم الاخت للأم .

وقال أبو العباس ابن سريج ، تقدم الاخت للأم على الاخت للأب ، لان إحداهما تدلى بالام والاخرى تدلى بالاب ، فقدم المدلى بالام على المدلى بالاب كما قدمت الام على الاب ، وهذا خطأ ، لان الاخت من الاب أقوى من الاخت من الام فى الميراث والتعصيب مع البنات ، ولان الاخت من الاب تقوم مقام الاخت من الاب والام فى الميراث ، فقامت مقامها فى الحضانة . فإن عدمت الاخوات انتقلت الى الخالات ، ويقدمن على العمات ، لان الخالة تساوى العمة فى الدرجة وعدم الإرث وتدلى بالام والعمة تدلى بالاب ؛ والام تقدم على الاب فقدم من يدلى بها ، وتقدم الخالة من الاب والام على الخالة من الاب ، ثم الخالة من الاب ثم الخالة من الام ، ثم تنتقل الى العمات لأنهن يدلين بالاب ، وتقدم العمة من الاب والام ثم العمة من الاب ثم العمة من الام ، وعلى قياس قول المزنى وأبى العباس تقدم الخالة والعمة من الام على الخالة والعمة من الاب

(الشرح) حديث عبد الله بن عمرو مضى تخريجه آنفاً . أما حديث البراء بن عازب فقد أخرجه البخارى فى الحج وفيه « اعتمر النبى صلى الله عليه وسلم فى

ذى القعـدة قبل أن يحج ، وفيه قوله لجعفر « أشبهت خلقى وخلقى » وفيه صلح المشركين يوم الحـديبية ، وأخرجه فى الجزية عن أحمد بن عثمان بن حكيم ، وفى الصلح عن عبيد الله بن موسى وعن محمد بن بشار . وأخرجه مسلم فى المغازى عن محمد بن المثنى ومحمد بن بشار وعن عبيد الله بن معاذ وعن إسحاق بن ابراهيم وأحمد ابن خباب وأبو داود فى الحج عن أحمد بن حنبل والترمذى فى الحج عن عباس ابن محمد الدورى وفى البر عن سفيان بن وكيع وعن محمد بن أحمد بن بدوية وفى المناقب عن محمد بن اسماعيل البخارى . ورواه أحمد من حديث على وفيه « والجارية عند خالتها فإن الخالة والدة » وأخرجه عن على أبو داود والحاكم والبيهقى بمعناه واللفظ المتفق عليه فى رواية أحمد والبخارى ومسلم « أن إبنة حمزة اختصم فيها على وجعفر وزيد ، فقال على أنا أحق بها هى إبنة عمى ، وقال جعفر بنت عمى وخالتها تحتى . وقال زيد إبنة أخى ، فقضى بها رسول الله صلى الله عليه وسلم لخالتها وقال « الخالة بمنزلة الأم »

قوله « وخالتها تحتى » يعنى أسماء بنت عميس وقد طعن ابن حزم فى حديث البراء فى كتابه المحلى وقال فى إسناده اسرائيل وقد ضعفه على بن المدينى ، وقد رد عليه بأنه قد وثقه سائر أهل الحديث ، ولا يضره أن ينفرد ابن المدينى بتضعيفه وقد تعجب أحمد بن حنبل من حفظه وقال ثقة

وقال أبو حاتم هو أتقن أصحاب أبى إسحاق ، وكفى باتفـــاق الشيخين على إخراج هذا الحديث دليلا

أما الأحكام فإذا اجتمع النساء من القرابة وهن يصلحن للحضانة ، أو لا رجل معهن وتنازعن فى حضانة المولود قدمت الام على غيرها لقوله صلى الله عليه وسلم « الام أحق بولدها ما لم تتزوج » ولأنها أقرب اليه وأشفق عليه ، فإن عدمت الأم انتقلت الحضانة إلى أمها ثم الى أم أمها وإن علت ، فأما أمهات أبيها فلا مدخل لهن فى الحضانة ، فإن عدمت الجدات من قبل الام ففيه قولان.

قال فى القديم تنتقل الحضانة إلى الأخوات والخالات وتقدمن على أمهات الاب لأنهن يدلين بالام ، وأمهات الاب يدلين بالاب ، والام تقدم على الاب فقدم من يدلى بها على من يدلى بالاب ، فعلى هذا تكون الحضانة للأخت للأب

والام ويقدمان على الخالة لأنهماأقرب لكونهما ركضا مع الولد فى رحم واحد ثم ينتقل إلى الخالة لقوله صلى الله عليه وسلم الخالة أم ، فتكون الحضانة للخالة للأب والام ثم للخالة للأب ، فإذا عدمت الاخوات للاب والام أو للأم والخالات انتقلت الحضانة إلى أم الاب ثم الى أمهاتها ثم تنتقل الى الاخت للاب ثم الى العمة ، ويقدمان على أمهات الجد ، لأن الاب أقرب من الجد فتقدم من يدلى به على من يدلى بالجد . ثم تنتقل إلى أمهات الجد الوارثات الاقرب فالاقرب وكذا ذكر الشيخ أبو إسحاق هنا .

قال الشوكانى فى النيل ، واستشكل كثير من الفقهاء وقوع القضاء منه صلى الله عليه وسلم لجعفر وقالوا ان كان القضاء له فليس بمحرم لها ، وهو وعلى سواء فى قرابتها ، وان كان القضاء للخالة فهى مزوجة والزواج مسقط لحقها من الحضانة فسقوط حق الخالة بالزواج أولى .

وأجيب عن ذلك بأن القضاء للخالة والزواج لا يسقط حقها من الحضانة مع رضا الزوج كما ذهب اليه أحمد والحسن البصرى والإمام يحي وابن حزم . وقيل ان النكاح إنما يسقط حضانة الام وحدها حيث كان المنازع لها الاب . ولا يسقط حق غيرها ولا حق الام حيث كان المنازع لها غير الاب ، وبهذا يجمع بين حديث البراء وحديث عبد الله بن عمرو . اه

قال ابن الصباغ والطبرى تقدم الأخت للاب على الأخت للام على هذا أيضا وقال فى الجديد اذا عدم من يصلح للحضانة من أمهات الأم انتقلت الحضانة الى أمهات الاب الوارثات ، فإن عدم من يصلح لها من أمهات الاب انتقلت الى أمهات الجد ثم الى أمهات أبى الجد ، فإن عدم من يصلح لها من الجدات من قبل الاب انتقلت الى الاخوات . وبه قال أبو حنيفة ـ وهو الاصح ـ لأنهن جدات وارثات فقدمن على الاخوات كالجدات من قبل الام ، ويقدم الأخوات على الخالات والعمات لأنهن أقرب فتكون الحضانة للاخت للاب والام ثم الاخت للاب ثم للاخت للام لانهن أقرب

وقال أبو حنيفة والمزنى وأبو العباس بن سريج تقدم الاخت للام على الاخت للاب لانها تدلى بالام ، والاخت للاب تدلى بالاب ، فقدم من تدلى بالام على

من تدلى بالأب ، كما تقدم الأم على الاب والمذهب الأول ، لأن الأخت للاب تقوم مقام الأخت للاب والأم فى التعصيب فقامت مقامها فى الحضانة ، ثم تنتقل إلى الخالات ويقدمن على العمات لأنهن يدلين بالأم فتكون الحضانة للخالة للأب والام ثم للخالة للاب ثم للخالة للام ثم للعمة للأب والام ثم للعمة للاب ثم للعمة للام . وعلى قول من قدم الاخت للام على الاخت للأب تقدم الخالة والعمة للام على الخالة والعمة للأب . والذى يقتضى المذهب أن الحضانة لا تنتقل الى الخالات إلا بعد عدم بنات الاخ وبنات الاخت لأنهن أقرب ، ولا تنتقل الحضانة إلى العمات إلا بعد عدم بنات الخالات

قال المصنف رحمه الله تعالى

﴿ فصل ﴾ وإن اجتمع الرجال وهم من أهل الحضانة وليس معهم نساء قدم الاب ، لأن له ولادة وفضل شفقة ، ثم تنتقل إلى آبائه الأقرب فالاقرب لمشاركتهم الاب فى الولادة والتعصيب ، فإن عدم الاجداد انتقلت إلى من بعدهم من العصبات . ومن أصحابنا من قال لا يثبت لغير الآباء والاجداد من العصبات لأنه لامعرفة لهم فى الحضانة ولا لهم ولاية بأنفسهم فلم تكن لهم حضانة كالاجانب والمنصوص هو الأول . والدليل عليه ما روى البراء بن عازب رضى الله عنه « أنه اختصم فى بنت حمزة على وجعفر وزيد بن حارثة رضى الله عنهم ، فقال على عليه السلام أنا أحق بها وهى بنت عمى . وقال جعفر ابنة عمى وخالتها عندى وقال زيد بنت أخى ، فقضى بها رسول الله صلى الله عليه وسلم لخالتها . وقال الخالة بمنزلة الام » ولو لم يكن ابن العم من أهل الحضانة لأنكر النبى صلى الله عليه وسلم على جعفر ، وعلى على رضى الله عنهما ادعاءهما الحضانة بالعمومة ، ولان له تعصيبا بالقرابة فثبتت له الحضانة كالاب والجد ، فعلى هذا تنتقل الى الاخ من الاب والام ، ثم الى الاخ من الاب ، ثم الى ابن الاخ من الاب والام ، ثم الى ابن الاخ من الاب ، ثم الى العم من الاب والام ، ثم الى العم من الاب ثم الى ابن العم من الاب والأم ، ثم الى ابن العم من الاب ، لأن الحضانة تثبت لهم بقوة قرابتهم بالإرث فقدم من تقدم فى الارث

(الشرح) الاحكام إذا اجتمع الرجال ولا نساء معهم وهم من أهل الحضانة قدم الاب على غيره من الرجال لأن له ولاية عليه ثم تنتقل إلى آبائه الوارثين الاقرب فالاقرب ؛ لأنهم يلون عليه بأنفسهم فقاموا مقام الاب ، وهل تثبت الحضانة لغيرهم من العصبات ؟ فيه وجهان . من أصحابنا من قال لا تثبت لهم الحضانة لأنه لا معرفة لهم فى الحضانة ولا يلون عن ماله بأنفسهم فلم يكن لهم حق الحضانة كالاجانب إلا أن لهم تأديب الولد وتعليمه .

ومنهم من قال تثبت لهم الحضانة وهو المنصوص ، لأن علياً وجعفر ادعيا حضانة ابنة حمزة بكونهما ابنى عم بحضرة النبى صلى الله عليه وسلم ولم ينكر النبى عليه السلام عليهما دعواهما بذلك

وروى عمارة الجرمى قال « خيرنى على رضى الله عنه بين عمى وأمى » ولان له تعصيبا بالقرابة فثبتت له الحضانة كالاب والجد ، فعلى هذا إذا عدم الاجداد — قال المصنف — انتقلت الحضانة إلى الاخ للاب والام ثم الى الاخ للاب ثم الى ابن الاخ الاب والام ثم الى ابن الاخ للاب ثم الى العم للاب والأم ثم الى العم للاب ثم الى ابنى العم

وقال ابن الصباغ: تنتقل الى الاخ للاب والام ثم الى الاخ للاب ثم الى الاخ للام . قال وعلى قول أبى العباس حيث قدم الاخت للام على الاخت للاب يكون ههنا وجهان :

أحدهما لا يقدم الاخ للام على الاخ للاب لأنه ليس من أهل الحضانة بنفسه وإنما يستحق بقرابته بالام والاخ للاب أقوى فقدم عليه

والثانى يقدم لإدلائه بالام وهى أقرب من الاب فقدم من يدلى بها على من يدلى بالاب ثم بنوه الإخوة وإن سفلوا ثم العم ثم بنو العم ثم عم الاب ثم بنوه

قال المصنف رحمه الله تعالى

﴿ فصـل ﴾ وإن اجتمع الرجال والنساء والجميع من أهل الحضانة نظرت ؛ فإن اجتمع الاب مع الام كانت الحضانة للام ، لأن ولادتها متحققة وولادة الاب مظنونة ، ولأن لها فضلا بالحمل والوضع ولها معرفة بالحضانة فقدمت على

الأب ، فإن اجتمع مع أم الأم وان علت كانت الحضانة لأم الام لأنها كالام فى تحقق الولادة والميراث ومعرفة الحضانة ، وان اجتمع مع أم نفسه أو مع الاخت من الاب أو مع العمة قدم عليهن لأنهن يدلين به فقدم عليهن ، وان اجتمع الاب مع الاخت من الام أو الخالة ففيه وجهان

(أحدهما) أن الاب أحق ، وهو ظاهر النص ، لان الاب له ولادة وارث فقدم على الاخت والخالة كالام .

(والثانى) وهو قول أبى سعيد الاصطخرى أنه يقدم الاخت والخالة على الاب لأنهما من أهل الحضانة والتربية ويدليان بالام فقدمتا على الاب كأمهات الأم . وان اجتمع الأب وأم الأب والأخت من الأم أو الخالة بنيناعلى القولين فى الأخت من الأم والخالة اذا اجتمعا مع أم الاب ، فإن قلنا بقوله القديم ان الأخت والخالة يقدمان على أم الأب ، قدمت الاخت والخالة على الاب وأم الاب ، وان قلنا بقوله الجديد ان أم الاب تقدم على الاخت والخالة ، بنينا على الوجهين فى الاب إذا اجتمع مع الاخت من الام أو الخالة ، فإن قلنا بظاهر النص ان الأب يقدم عليهما كانت الحضانه الاب لأنه يسقط الاخت والخالة وأم نفسه فانفرد بالحضانة ، وإن قلنا بالوجه الآخر ان الحضانة للاخت والخالة ففى هذه المسألة وجهان

(أحدهما) أن الحضانة للأخت والخالة ، لان أم الاب تسقط بالاب ، والاب يسقط بالاخت والخالة

(والثانى) أن الحضانة للاب ، وهو قول أبى سعيد الاصطخرى رحمة الله عليه لان الاخت والخالة يسقطان بأم الاب ثم تسقط أم الأب بالاب فتصير الحضانة للاب ، ويجوز أن يمنع الشخص غيره من حق ثم لا يحصل له ما منع منه غيره كالاخوين مع الابوين فإنهما يحجبان الام من الثلث الى السدس ثم لا يحصل لهما ما منعاه بل يصير الجميع للأب

وإن اجتمع الجد أب الاب مع الام أو مع أم الام وإن علت قدمت عليه كما تقدم على الاب ، وان اجتمع مع أم الاب قدمت عليه لانها تساويه فى الدرجة وتنفرد بمعرفة الحضانه فقدمت عليه كما قدمت الام على الاب

وان اجتمع مع الخالة أو مع الاخت من الأم ففيه وجهان ، كما لو اجتمعتا مع الاب ، وإن اجتمع مع الاخت من الاب ففيه وجهان

(أحدهما) أن الجد أحق لانه كالاب فى الولادة والتعصيب ، فكذلك فى التقدم على الاخت

(والثانى) أن الاخت أحق لانها تساويه فى الدرجة وتنفرد بمعرفة الحضانة

(الشرح) قال الشافعى رضى الله عنه : ولا حق لأحد مع الاب غير الام وأمهاتها . وجملة ذلك أنه إذا اجتمع الرجال والنساء وهم من أهل الحضانة نظرت - فان اجتمع الاب والام - قدمنا الام على الاب لما روى عبد الله بن عمرو « أن امرأة قالت يارسول إن إبنى هذا كان بطنى له وعاء وحجرى له حواء وثديى له سقاء ، وإن أباه طلقنى وأراد أن ينزعه منى ، فقال صلى الله عليه وسلم : أنت أحق به ما لم تنكحى » ولان الام أشفق عليه ، وولادتها له من طريق القطع فقدمت عليه ، وان اجتمع الاب مع أم الام وان علت قدمن على الاب لانهن يقمن مقام الام فى تحقق الولادة ومعرفة الحضانة فقدمن على الاب كالام ، فإن امتنعت الام من الحضانة ولها أم ففيه وجهان

أحدهما - وهو قول ابن الحداد - ان الحضانة تنتقل إلى الاب ولا تنتقل الى أم الام ، لأنه لا حق لام الام مع بقاء الام ، فلم تنتقل اليها ، كالولى إذا عضل عن النكاح فإن الولاية لا تنتقل إلى من دونه من الاولياء

(والثانى) أن الحضانة تكون لام الام ، وهو اختيار القاضى أبى الطيب وابن الصباغ ، لانه لا حق للاب فى الحضانة مع وجود أم الام ، فإذا امتنعت الام من الحضانة انتقلت الى أمها كما لو ماتت أو فسقت أو جنت، ويخالف ولاية النكاح فإن الحاكم يقوم مقام العاضل، وههنا لا مدخل للحاكم فى الحضانة بنفسه فلم يقم مقام غيره .

وان اجتمع الاب وأم نفسه قدم الاب . ومن أصحابنا من قال : تقدم أم الاب وأمهاتها عليه (أفاده فى البيان) لان حضانة النساء أصلح للصغير وأوفق له وقال القاضى أبو الطيب : وهذا يقتضى أن تكون حضانة الاخوات والخالات

والعمات أولى من الأب ، وهو خـــلاف النص ، لأن الشافعى قال : ولا حق لأحد مع الاب غير الأم وأمها ، ولأنها تدلى به فلم تقدم عليه . وإن اجتمع الأب مع الاخت للام أو مع الخالة ففيه وجهان

(أحدهما) يقدمان على الاب ، وهو قول أبى العباس بن سريج وأبى سعيد الاصطخرى وأبى حنيفة ، لأن لها معرفة بالحضانة ويدليان بالام فقدمتا على الاب كأمهات الام

(والثانى) وهو المنصوص ، أن الاب يقدم عليهما ، لأن له ولادة وإذناً فقدم عليهما كالام .

(فرع) وان اجتمع الاب وأم الاب والاخت للام أو الخالة — فإن قلنا بقوله القديم : إن أم الاب يسقط بالاخوات أو الخالات بنيناهمناعلى الوجهين فى الاب هل يسقط الاخت للام والخالة ؟ فإن قلنا إنه يسقطها كانت الحضانة للاب . وان قلنا إنهما يتقدمان عليه كانت الحضانة للاخت للام ثم للخالة ثم للاب ثم لأمه ، وان قلنا بقوله الجديد وأن أم الاب تسقط الاخوات والخالات بنينا على الوجهين أيضا فى الاب إذا اجتمع مع الاخت للام أو الخـالة . فإن قلنا بالمنصوص أن الاب يسقطها كانت الحضانة للاب لانه يسقطهما ويسقط أم نفسه فكانت الحضانة له . وإن قلنا بقول أبى العبـــاس وأبى سعيد أنهما يسقطان الاب فههنا وجهان .

قال أبو سعيد الاصطخرى ، تكون الحضانة للاب ، لأن الاخت والخالة تسقطان بأم الاب ، وأم الاب تسقط بالاب ، فصارت الحضانة له ، وقد يحجب الشخص غيره من شىء ثم يحصل ذلك الشىء لغير الشخص الحاجب ، كما يحجب الاخوان الام من الثلث إلى السدس ويكون للاب

وقال أبو العباس تكون الحضانة للاخت أو للخالة ، لأن الأب يسقط أم نفسه والاب يسقط بالاخت أو بالخالة فبقيت الحضـــانة لها . وان اجتمع الاب والاخت للاب والام — فإن قلنا ان الاب يقدم على الخالة — قدم الاب على الاخت للاب والام . وان قلنا ان الخالة تقدم على الأب فههنا وجهان حكاهما الشيخ أبو حامد عن أبى سعيد الاصطخرى

(أحدهما) أن الأخت أحق لأن الأخت تسقط الخالة ، والخالة تسقط الأب فإذا سقط الأب مع من تسقطه الأخت فلأن لا يسقط معها أولى .

(والثانى) وهو الاصح أن الأب أحق ، لان الاخت تدلى به فلا يجوز أن يكون المدلى أولى من المدلى به [1] ، وان اجتمع أب وأخت لاب وخالة ، فان قلنا إن الاب يسقط الخالة ، كانت الحضانة للأب ، وإن قلنا : إن الخالة تسقط الأب ففيه ثلاثة أوجه .

(أحدها) أن الحضانة للأخت ، لان الاخت تسقط الخالة ، والاب يسقط بالخالة ، فإذا أسقطت الخاله ، فلأن يسقطه من يسقط الخاله أولى .

(والثانى) أن الحضانة للأب لأن الأخت تسقط الخالة والأخت تسقط بالاب لانها تدلى به فتصير الحضانة للاب ، ولا يمتنع أن يسقط الشخص غيره من شىء ثم يحصل ذلك الشىء بغيره ، كما قلنا فى حجب الأخوين الأم عن الثلث إلى السدس .

(والثالث) أن الحضانة للخاله ، لأن الخاله تسقط الأب والأب يسقط الاخت ، وإذا سقطا بقيت الحضانة للخاله ، فإن لم يكن أب واجتمع الجد والام وأم الام وان علت قدمن على الجد كما يقدمن على الاب ، وإن اجتمع الجد وأم الاب قدمت عليه لانها تساويه فى الدرجة ، ولها ولادة ، فقدمت كما قدمت الام على الأب ، وان اجتمع الجد والاخت للأم أو الخاله فيه وجهان كما لو اجتمع مع الاب ، وان اجتمع الجد والاخت الام أو الخالة ففيه وجهان كما لو اجتمع مع الأب ، وان اجتمع الجد والأخت للأب ففيه وجهان (أحدهما) يقدم عليها ، لأن له ولادة وتعصيباً فقدم عليها كالاب (والثانى) تقدم عليه لأنها تساويه فى الولاة وتنفرد بمعرفة الحضانة فقدمت عليه كما تقدم الام على الاب .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وإن عدم الامهات والآباء ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) أن النساء أحق بالحضانة من العصبات ، فتكون الأخوات والخالات ومن أدلى

---

(١) المدلى الاولى بصيغة الفاعل والثانية بصيغة المفعول .

بهن من البنات أحق من الإخوة وبنيهم ، والأعمام وبنيهم لاختصاصهن بمعرفة الحضانة والتربية .

(والثانى) أن العصبات أحق من الأخوات والخالات والعمات ومن يدلى بهن لاختصاصهم بالنسب ، والقيام بتأديب الولد

(والثالث) أنه إن كان العصبات أقرب قدموا ، وإن كان النساء أقرب قدمن وإن استويا فى القرب قدمت النساء لاختصاصهن بالتربية . وإن استوى إثنان فى القرابة والإدلاء كالأخوين أو الأختين أو الخالتين أو العمتين أقرع بينهما ، لأنه لا يمكن اجتماعهما على الحضانة ، ولا مزية لاحداهما على الأخرى فوجب التقديم بالقرعة . وإن عدم أهل الحضانة من العصبات والنساء وله أقارب من رجال ذوى الأرحام ومن يدلى بهم ففيه وجهان

(أحدهما) أنهم أحق من السلطان لأن لهم رحما فكانوا أحق من السلطان كالعصبات (والثانى) أن السلطان أحق بالحضانة لأنه لا حق لهم مع وجود غيرهم فكان السلطان أحق منهم كما قلنا فى الميراث . وإن كان للطفل أبوان فثبتت الحضانة للأم فامتنعت منها فقد ذكر أبو سعيد الاصطخرى فيه وجهين (أحدهما) أن الحضانة تنتقل الى أم الام كما تنتقل اليها بموت الأم أو جنونها أو فسقها أو كفرها (والثانى) أنها تكون للأب ، لأن الأم لم يبطل حقها من الحضانة ، لأنها لو طالبت بها كانت أحق فلم تنتقل إلى من يدلى بها

(الشرح) الاحكام : ان اجتمع رجل من العصبات غير الاب والجد مع من يساويه فى الدرجة من النساء ، كالاخ والاخت والعم والعمة وابن العم وابنة العمة ، وقلنا إن لهم حقاً فى الحضانة فأيهما أحق بالتقديم ؟ فيه وجهان

(أحدهما) أن الرجل أحق بالحضانة لأنه أحق بتأديبه وتعليمه ، فكان أحق بحضانته (والثانى) أن المرأة أحق بالحضانة ، لأنها تساويه فى الدرجة وتنفرد بمعرفة الحضانة فقدمت عليه كما قدمت الام على الاب ، وان اجتمع شخصان فى درجة واحدة كالاختين أقرع بينهما لأنه لا مزية لاحداهما على الاخرى

والرجال من ذوى الأرحام كالخال والأخ من الام وأبى الأم وابن الأخت لا حضانة لهم مع وجود أحد من أهل الحضانة سواهم ، لأنه ليس بامرأة يتولى الحضانة وليس له قوة قرابة كالعصبات ، ولا حضانة إلا بمن يدلى بهم كأم أبى الام وإبنة الخال وإبنة الاخ من الام لأنهن يدلين بمن لا حضانة له ، فإذا لم تثبت للمدلى فللمدلين به أولى ؛ فإن لم يكن هناك غيرهم فعلى وجهين

(أحدهما) هم أولى لأن لهم رحما وقرابة يرثون بها عند عدم من هو أدنى منهم كذلك الحضانة تكون لهم عند عدم من هو أولى بها منهم

(والثانى) لا حق لهم فى الحضانه وينتقل الامر الى الحاكم . وقد رجح أصحاب أحمد بن حنبل الوجه الاول وان كان الوجهان محتملين عندهم ، وإن كان فيمن عليه النفقة خنثى مشكل فالنفقة عليه بقدر ميراثه ، فإن انكشف بعد ذلك حاله فبان أنه أنفق أكثر من الواجب عليه رجع بالزيادة على شريكه فى الانفاق ؛ وان بان أنه أنفق أقل رجع عليه

قال المصنف رحمه الله تعالى :

﴿ فصل ﴾ وان افترق الزوجان ولهما ولد له سبع سنين أو ثمان سنين وهو مميز وتنازعا كفالته خير بينهما لما روى أبو هريرة رضى الله عنه قال « جاءت امرأة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت : يارسول الله ان زوجى يريد أن يذهب بابنى ، وقد سقانى من بئر أبى عنبة وقد نفعنى ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هذا أبوك وهذه أمك فخذ بيد أيهما شئت ، فأخذ بيد أمه فانطلقت به » فإن اختارهما أقرع بينهما ، لأنه لا يمكن اجتماعهما على كفالته ، ولا مزية لأحدهما على الآخر فوجب التقديم بالقرعة ، وان لم يختر واحداً منهما أقرع بينهما لأنه لا يمكن تركه وحده ما لم يبلغ لانه يضيع ، ولا مزية لأحدهما على الآخر فوجبت القرعه ، وإن اختار أحدهما نظرت — فإن كان ابنا فاختار الام كان عندها بالليل ، ويأخذه الاب بالنهار ويسلمه فى مكتب أو صنعة لان القصد حظ الولد ، وحظ الولد فيما ذكرناه ، وان اختار الاب كان عنده بالليل والنهار ولا يمنعه من زيارة أمه لأن المنع من ذلك إغراء بالعقوق وقطع الرحم ، فإن

مرض كانت الأم أحق بتمريضه ، لأن بالمرض صار كالصغير فى الحاجة إلى من يقوم بأمره ، فكانت الأم أحق به ، وإن كانت جارية فاختارت أحدهما كانت عنده بالليل والنهار ولا يمنع الاخر من زيارتها من غير إطالة وتبسط ، لأن الفرقة بين الزوجين تمنع من تبسط أحدهما فى دار الاخر ، وإن مرضت كانت الأم أحق بتمريضها فى بيتها . وإن مرض أحد الأبوين والولد عند الاخر لم يمنع من عيادته وحضوره عند موته لما ذكرناه ، وإن اختار أحدهما فسلم اليه ثم اختار الاخر حول اليه ، وإن عاد فاختار الأول أعيد اليه لأن الاختيار إلى شهوته وقد يشتهى المقام عند أحدهما فى وقت وعند الاخر فى وقت فاتبع ما يشتهيه كما يتبع ما يشتهيه من مأكول ومشروب ، وإن لم يكن له أب وله أم وجد خير بينهما ، لأن الجد كالاب فى الحضانة فى حق الصغير فكان كالأب فى التخيير فى الكفالة ، فإن لم يكن له أب ولا جد - فإن قلنا إنه لا حق لغير الاب والجد فى الحضانة - ترك مع الام إلى أن يبلغ ، وإن قلنا بالمنصوص إن الحضانة تثبت للعصبة ، فإن كانت العصبة محرما كالعم والاخ وابن الاخ خير بينهم وبين الام ، لما روى عمار ابن عبد الله قال « خاصم عمى أمى وأراد أن يأخذنى فاختصما إلى على بن أبى طالب كرم الله وجهه ، فخيرنى على ثلاث مرات فاخترت أمى ، فدفعنى اليها » فإن كان العصبة ابن عم . فإن كان الولد إبنا خير بينه وبين الام ، وإن كانت بنتاً كانت عند الام إلى أن تبلغ ، ولا تخير بينهما ، لأن ابن العم ليس بمحرم لها ولا يجوز أن تسلم اليه .

(الشرح) حديث أبى هريرة باللفظ الذى ساقه المصنف رواه النسائى وأخرجه أبو داود بلفظ فيه زيادة «فقال استهما عليه» ولأحمد معناه لكنه قال فيه « جاءت امرأة قد طلقها زوجها » ولم يذكر فيه قولها « قد سقانى من بئر أبى عنبة وقد نفعنى » ورواه أحمد وابن ماجه والترمذى وصححه مختصراً بلفظ « أن النبى (ص) خير غلاما بين أبيه وأمه » ورواه بلفظ المصنف أيضا بقية أهل السنن وابن أبى شيبة وصححه الترمذى وابن حبان

وأما خبر عمار بن عبد الله فقد أخرجه الشافعى فى الام فى باب أى الوالدين

أحق بالولد ،أخبرنا الربيع أخبرنا الشافعي أخبرنا ابن عيينة عن يونس بن عبدالله الجرمي عن عمارة قال : خيرني على بين أمي وعمي ، ثم قال لأخ لي أصغر مني : وهذا أيضا لو قد بلغ مبلغ هذا خيرته ، وأخرجه من طريق ابراهيم بن محمد عن يونس بن عبد الله عن عمارة « خيرني على بين أمي وعمي وقال لأخ لي أصغر مني وهذا لو بلغ مبلغ هذا خيرته » قال ابراهيم : وفي الحديث « وكنت ابن سبع أو ثمان سنين » ومن ثم تدرك أن الرواية ليست عن عامر بن عبد الله وإنما هي عن عمارة ، وقد أخرجه البيهقي في السنن الكبرى وقال : عمارة الجذامي ، والصواب ما في الأم .

أما اللغات ، فبئر أبي عنبة على ميل من المدينة . قال ابن الجوزي : أبو عنبه عبد الله بن عنبه من الصحابة ليس فيهم أبو عنبة غيره .

قال في المؤتلف والمختلف : أبو عنبة الخولاني له صحبة . وفي الاستيعاب : قيل انه ممن صلى القبلتين ، قديم الاسلام ، وقيل إنه ممن أسلم قبل موت النبي صلى الله عليه وسلم ولم يصحبه ، وانه صحب معاذ بن جبل وسكن الشام ، روى عنه محمد بن زياد الالهاني وبكر بن زرعة وشريح بن مسروق

وقوله « في مكتب أو صنعة » قال الجوهري : الكُتَّاب والمكتب واحد ، والجمع الكتاتيب والمكاتب وهو موضع تعليم الكتابة . وقوله « اغراء بالعقوق » من غري غرى من باب تعب أولع به من حيث لا يحمله عليه فإذا تعدى بالهمز فقيل أغريته به اغراء فأغرى به بالبناء للمفعول والاسم الغراء بالفتح والمد والغراء مثل كتاب ما يلصق به ، فكأنه يقول أغراه بالعقوق كأنه لصقه بالغراء فجعله سبباً لوقوع العقوق ولصوقا به .

وقوله « وتبسط » التبسط والانبساط ترك الاحتشام ، وتبسط في البلاد سافر فيها طولا وعرضا ، وأصله السعة وذلك محرم على من طلق

أما الاحكام ، فإن الشافعي رضي الله عنه يقول : فإذا افترق الابوان وهما في قرية واحدة فالام أحق بولدها ما لم تتزوج وما كانوا صغاراً ، فإذا بلغ أحدهم سبعاً أو ثماني سنين وهو يعقل خير بين أبيه وأمه وكان عند أيهما اختار ، فإن اختار أمه فعلى أبيه نفقته ولا يمنع من تأديبه ، قال وسواء في ذلك الذكر والانثى

ويخرج الغلام إلى الكتاب والصناعة إن كان من أهلها ويأوى عند أمه وعلى أبيه نفقته ، وإن اختار أباه لم يكن لأبيه منعه من أن يأتى أمه وتأتيه فى الأيام وإن كانت جارية لم تمنع أمها من أن تأتيها ، ولا أعلم على أبيها إخراجها اليها إلا من مرض فيؤمر بإخراجها عائدة .

قال وإن ماتت البنت لم تمنع الأم من أن تليها حتى تدفن ، ولا تمنع فى مرضها من أن تلى تمريضها فى منزل أبيها . قال وإن كان الولد مخبولا فهو كالصغير ، وكذلك إن كان غير مخبول ثم خبل فهو كالصغير الأم أحق به ولا يخير أبداً . قال وإنما أخير الولد بين أبيه وأمه إذا كانا معاً ثقة للولد ، فإن كان أحدهما ثقة والآخر غير ثقة فالثقة أولاهما به بغير تخيير . قال وإذا خير الولد فاختار أن يكون عند أحد الأبوين ثم عاد فاختار الآخر حول الى الذى اختار بعد اختياره الأول ، قال واذا نكحت المرأة فلا حق لها فى كينونة ولدها عندها صغيراً كان أو كبيراً ، ولو اختارها ما كانت ناكحاً ، فإذا طلقت طلاقاً يملك فيه الزوج الرجعة أو لا يملكها رجعت على حقها فيهم اه

اذا ثبت هذا فإن الغلام اذا بلغ سبعاً وليس بمعتوه خير بين أبويه اذا تنازعا فيه ، فمن اختاره منهما فهو أولى به ، قضى بذلك عمر وعلى وشريح، وهومذهب أحمد . وقال مالك وأبو حنيفة : اذا استقل بنفسه ، فأكل بنفسه ولبس بنفسه فالأب أحق به . ومالك يقول الام أحق به . قالا وأما التخيير فلا يصح لأن الغلام لا قول له ولا يعرف حظه ، وربما اختار من يلعب عنده ويترك تأديبه ويمكنه من شهواته فيؤدى الى فساده ، ولأنه دون البلوغ فلم يخير كمن دون السبع

ودليلنا حديث أبى هريرة رضى الله عنه « أن النبى صلى الله عليه وسلم خير غلاماً بين أبيه وأمه» وفى لفظ «جاءت امرأة الى النبى صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ان زوجى يريد أن يذهب بابنى وقد سقانى من بئر أبى عنبة وقد نفعنى ، فقال له النبى صلى الله عليه وسلم : هذا أبوك وهذه أمك فخذ بيد أيهما شئت ، فأخذ بيد أمه فانطلقت به» ولأنه اجماع الصحابة كما أوضحنا ذلك عن على وعمر ولا معارض

فإذا بلغ الغلام حداً يعرب عن نفسه ويميز بين الاكرام وضده فمال الى أحد

الابوين ، دل على أنه أرفق به وأشفق عليه ، فقدم بذلك ، وقيدناه بالسبع لأنها أول حال أمر الشرع فيها بمخاطبته بالامر بالصلاة . ومتى اختار أحدهما فسلم اليه ثم اختار الاخر رد اليه ، فإن عاد فاختار الاول أعيد اليه هكذا أبداً كلما اختار أحدهما صار اليه ، لأنه اختيار شهوة لحظ نفسه فاتبع ما يشتهيه ، وان خيرناه فلم يختر واحداً منهما أو اختارهما معاً قدم أحدهما بالقرعة ، لأنه لا مزية لاحدهما على صاحبه ، ولا يمكن اجتماعهما على حضانته فقدم أحدهما بالقرعة

(فرع) فإن كان الأب معدوماً أو من غير أهل الحضانة وحضر غيره من العصبات كالاخ والعم وابنه قام مقام الاب ، فيخير الغلام بين أمه وعصبته فأشبه الاب ، وكذلك ان كانت أمه معدومه أو من غير أهل الحضانة فسلم الى الجدة ، خير الغلام بينها وبين أبيه أو من يقوم مقامه من العصبات ، فإن كان الابوان معدومين أو من غير أهل الحضانة فسلم الى امرأة كأخته وعمته أو خالته قامت مقام أمه فى التخيير بينها وبين عصباته للمعنى الذى ذكرناه فى الابوين

(فرع) وان كان عند الاب كان عنده ليلا ونهاراً ولا يمنع من زيارة أمه لأن منعه من ذلك اغراء له بالعقوق وقطيعة الرحم ، وان مرض كانت الأم أحق بتمريضه فى بيتها ، لأنه صار بالمرض كالصغير فى الحاجة الى من يقوم بأمره فكانت الام أحق به كالصغير ، وان مرض أحد الابوين والولد عند الاخر لم يمنع من عيادته وحضوره عند موته ، سواء كان ذكراً أو أنثى لأن المرض يمنع المريض من المشى الى ولده ، فمشى ولده اليه أولى ، فأما فى حال الصحة فإن الغلام يزور أمه لأنها عورة فسترها أولى ، والام تزور ابنتها ، لأن كل واحدة منهما عورة تحتاج الى صيانة — وستر الجارية أولى — لأن الأم قد تخرجت وعقلت بخلاف الجارية .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

{ فصل } وان افترق الزوجان ولهما ولد فأراد أحدهما أن يسافر بالولد — فإن كان السفر مخوفا أو البلد الذى يسافر اليه مخوفاً — فالمقيم أحق به ، فإن كان مميزاً لم يخير بينهما ، لأن فى السفر تغريراً بالولد ، وان كان السفر مسافة

لا تقصر فيها الصلاة كانا كالمقيمين فى حضانة الصغير ويخير المميز بينهما ، لأنهما يستويان فى انتفاء أحكام السفر من القصر والفطر والمسح ، فصارا كالمقيمين فى محلتين فى بلد واحد ، وإن كان السفر لحاجة لا لنقلة كان المقيم أحق بالولد ، لأنه لا حظ للولد فى حمله ورده ، وإن كان السفر للنقلة إلى موضع يقصر فيه الصلاة من غير خوف فالاب أحق به ، سواء كان هو المقيم أو المسافر . لأن فى السكون مع الأم حضانة ، وفى السكون مع الأب حفظ النسب والتأديب ، وفى الحضانة يقوم غير الام مقامها ، وفى حفظ النسب لا يقوم غير الاب مقامه فكان الأب أحق . وإن كان المسافر هو الاب ، فقالت الام يسافر لحاجة فأنا أحق ، وقال الاب أسافر للنقلة فأنا أحق ، فالقول قول الاب لأنه أعرف بنيته . وبالله التوفيق

(الشرح) إذا أراد أحد الأبوين السفر مسافة تقصر فيها الصلاة لحاجة ثم يعود ، والآخر مقيم ، فالمقيم أولى بالحضانة ، لأن فى المسافرة بالولد إضراراً به ، وإن كان متنقلا إلى بلد ليقيم به وكان الطريق مخوفا ، أو البلد الذى ينتقل اليه مخوفاً فالمقيم أولى بالحضانة ، لأن فى السفر به خطراً عليه ، ولو اختار الولد السفر فى هذه الحالة لم يجب اليه لأن فيه تغريراً به . وإن كان البلد الذى ينتقل اليه آمناً وطريقه أمنا فالاب أحق به ، سواء كان هو المقيم أو المنتقل ، لأن فى كون الولد مع الاب حفظ النسب والتأديب . وإن كان السفر دون مسافة قصر الصلاة كانا كالمقيمين . وبهذا قال بعض أصحاب أحمد ، والمنصوص عن أحمد سريان ما قررنا من الحكم على اطلاق السفر ، سواء كان دون القصر أم لا . لأن البعد الذى يمنعه من رؤيته يمنعه من تأديبه وتعليمه ومراعاة حاله ، فأشبه مسافة القصر ، وبما ذكرناه من تقديم الاب عند افتراق الدار بهما . قال شريح ومالك وأحمد . وقال أصحاب الرأى: إن انتقل الاب فالام أحق به ، وإن انتقلت الام إلى البلد الذى كان فيه أصل النكاح فهى أحق ، وإن انتقلت الى غيره فالاب أحق .

وحكى عن أبى حنيفة إن انتقلت من بلد إلى قرية فالاب أحق ، وإن انتقلت الى بلد آخر فهى أحق ، لأن فى المدينة يمكن تعليمه وتخريجه

(فرع) إذا اختلف الاب والام فى أمر السفر فقالت الام : يسافر مشغولا بمصالحه وحاجياته فلن يلتفت الى رعاية الولد فأنا أحق به ، وقال الاب: أسافر للنقلة والاستيطان فأنا أحق كان القول قول الاب لأنه أعلم بقصده والله تعالى أعلم بالصواب وهو حسبى ونعم الوكيل

قال المصنف رحمه الله تعالى :

كتاب الجنايات

(الشرح) الجنايات جمع جناية . وفى القاموس: جنى الذنب عليه يجنيه جناية جره اليه ، والثمرة اجتناها كتجناها وهو جان والجمع جناة وجُنناء وأجنـــاء « نادر » اه . وفى اللسان قال أبو حية النميرى :

وان دماً لو تعلمين جنيتـــه   على الحى جانى مثله غير سالم

فأما قولهم فى المثل « أبناؤها أجناؤها » فزعم أبو عبيد أن أبناء جمع بان وأجناء جمع جان كشاهد وأشهاد وصاحب وأصحاب . قال ابن سيده فى المخصص وأراهم لم يكسروا بانيا على أبناء ولا جانيا على أجناء الا فى هذا المثل ، المعنى أن الذى جنى وهدم الدار هذه هو الذى بناها . قال الجوهرى وأنا أظن أن المثل جُناتها بناتها ، لان فاعل لا تجمع على أفعال ، ثم استطرد خطأفقال: ان اشهادا وأصحاباً جمع شهد وصحب وهو خطأ فإن فعْل لا تجمع على أفعال الا اذا كانت عينها واواً أو ياء كقول وشيخ تجمع على أقوال وأشياخ الا جمعاً شاذاً ، وقد رأيتهم فى كتب الفقه والحديث والتفسير واللغة يجمعون بحث على أبحاث فإذا جاز فهو شاذ وصوابه بحوث .

وهذا المثل يضرب لمن عمل شيئا بغير روية فأخطأ فيه ثم استدركه فنقض ما عمله . وأصله أن بعض ملوك اليمن غزا واستخلف ابنته فبنت بمشورة قوم بنياناً كرهه أبوها ، فلما قدم أمر المشيرين ببنائه أن يهدموه ، والمعنى أن الذين جنوا على هذه الدار بالهدم هم الذين بنوها ، والمدينة التى هدمت اسمها براقش ، ومن ثم قيل « على نفسها جنت براقش » وفى الحديث « لا يجنى جان الا على نفسه »

والجناية الذنب والجرم ، وما يفعله الإنسان مما يوجب عليه العقاب أو القصاص في الدنيا والاخرة ، والمعنى أنه لا يطالب بجناية غيره من أقاربه وأباعده ، فإذا جنى أحدهم جناية لا يطالب بها الاخر لقوله تعالى (ولا تزر وازرة وزر أخرى) وجنى فلان على نفسه إذا جر جريرة يجنى جناية على قومه ، وتجنى فلان على فلان ذنباً ، إذا تقوله عليه وهو برىء ، وتجنى عليه وجانى ادعى جناية . قال شمر : جنيت لك وعليك ومنه قوله :

جانيك من يجنى عليك وقد   تعدى الصحاح فتجرب الجرب

وجنيت الثمرة أجنيها جنى ، واجتنيتها بمعنى. قال ابن سيده : جنى الثمرة ونحوها وتجناها كل ذلك تناولها من شجرتها . قال الشاعر

إذا دعيت بما فى البيت قالت   تجن من الجذال وما جنيت

قال أبو حنيفة ، هذا شاعر نزل بقوم فقروه صمغاً ولم يأتوه به ولكن دلوه على موضعه وقالوا اذهب فاجنه ، فقال هذا البيت يذم به أم مثواه واستعاره أبو ذؤيب للشرف فقال

وكلاهما قد عاش عيشة ماجد   وجنى العلاء لو أن شيئاً ينفع

وفى الحديث إن أمير المؤمنين على بن أبى طالب عليه السلام دخل بيت المال فقال يا حمراء ويا بيضاء احمرى وابيضى وغرى غيرى

هذا جناى وخياره فيه   إذ كل جان يده الى فيه

وأراد على أن يتمثل بهذا البيت الذى قاله فى الجاهلية عمرو بن عدى اللخمى ابن أخت جذيمة ، أى أنه لم يتلطخ بشىء من فىء المسلمين بل وضعه مواضعه . والجنى الثمر المجتنى ما دام طريا ، وفى التنزيل العزيز (تساقط عليك رطباً جنيا) وقال القائل « إنك لا تجنى من الشوك العنب » وفى حديث أبى بكر رضى الله عنه أنه رأى أبا ذر رضى الله عنه فدعاه فجنى عليه فساره . جنى عليه أكب عليه والاصل فيه من جنأ يجنأ اذا مال عليه وعطف، ثم خفف. هذا بعض ما ألممت به من مادة « جناية » لغة واستعمالا ، وشواهد وأمثالا ، وآثاراً وقرآنا تضفى على البحث كمالا ، والله الموفق حالا ومآلا .

قال المصنف رحمه الله تعالى

﴿ باب تحريم القتل ﴾
ومن يجب عليه القصاص ومن لا يجب عليه

القتل بغير حق حرام وهو من الكبائر العظام ، والدليل عليه قوله عز وجل (ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم خالداً فيها وغضب الله عليه ولعنه وأعد له عذابا عظيما) وروى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « لقتل مؤمن أعظم عند الله من زوال الدنيا » وروى ابن عباس رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لو أن أهل السموات والارض اشركوا فى قتل مؤمن لعذبهم الله عز وجل الا أن لا يشاء ذلك »

(الشرح) قوله تعالى (ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم خالداً فيها) الاية . فى صحيح البخارى عن ابن جبير قال ، اختلف فيها أهل الكوفة فرحلت الى ابن عباس فسألته عنها فقال نزلت هذه الاية (ومن يقتل مؤمنا متعمداً فجزاؤه جهنم) هى آخر ما نزل وما نسخها شىء ، وكذا رواه مسلم والنسائى من طرق عن شعبة به ورواه أبو داود عن أحمد بن حنبل بسنده عن سعيد بن جبير عن ابن عباس فى الاية فقال ما نسخها شىء

وقال ابن جرير بإسناده عن يحيى الجابرى عن سالم بن أبى الجعد قال « كنا عند ابن عباس بعد ما كف بصره فأتاه رجل فناداه يا عبد الله ما ترى فى رجل قتل مؤمناً متعمداً ؟ فقال جزاؤه جهنم خالداً فيها الخ آخر الاية ، قال أفرأيت إن تاب وعمل صالحا ثم اهتدى ؟ قال ابن عباس « ثكلته أمه ، وأنّى له التوبة والهدى ؟ والذى نفسى بيده لقد سمعت نبيكم صلى الله عليه وسلم يقول: ثكلته أمه قاتل مؤمن متعمداً جاء يوم القيامة أخذه بيمينه أو بشماله. تشخب أوداجه من قبل عرش الرحمن يلزم قاتله بشماله ، وبيده الاخرى رأسه يقول يارب سل هذا فيم قتلنى ؟ » وايم الذى نفس عبد الله بيده لقد أنزلت هذه الاية فما نسخها من آية حتى قبض نبيكم صلى الله عليه وسلم وما نزل بعدها من برهان . وقد رواه

أحمد فى مسنده . أما حديث « لزوال الدنيا أهون على الله من قتل رجل مسلم » فإنى لم أعثر عليه من حديث أبى هريرة ، ولا اتهم المصنف بالخطأ فى عزوه اليه فلست أهلا لذلك ، وإنما وجدت الحديث فى سنن النسائى من حديث بريدة رضى الله عنه . وعنده أيضا من حديث ابن عمر ولفظه « لقتل مؤمن أعظم عند الله من زوال الدنيا » وكذلك الترمذى ، وعند ابن ماجه من حديث البراء . أما حديث ابن عباس فقد أخرجه الترمذى من حديث أبى سعيد وأبى هريرة بلفظ « لو أن أهل السماء وأهل الأرض اشتركوا فى دم مؤمن لكبهم الله فى النار » فى الديات .

أما الأحكام فإن القتل بغير حق حرام ، والأصل فيه الكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقوله تعالى « ولا تقتلوا النفس التى حرم الله إلا بالحق » وقوله تعالى « وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمنا إلا خطأ » فأخبر أنه ليس للمؤمن أن يقتل مؤمناً إلا خطأ ، ولم يرد بقوله « الا خطأ » أن قتله خطأ يجوز ، وإنما أراد لكن إذا قتله خطأ فعليه الدية والكفارة .

وقوله « ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم » الاية ، أما السنة فعلى مامضى من الأحاديث ، وما سيأتى مما يجاوز الحصر . وأما الاجماع فإنه لا خلاف بين الأمة فى تحريم القتل بغير حق .

إذا ثبت هذا فن قتل مؤمناً متعمداً بغير حق فسق واستوجب النار ، الا أن يتوب .

وحكى عن ابن عباس قوله « لا تقبل توبة القاتل » . ودليلنا قوله تعالى (والذين لا يدعون مع الله إلهاً آخر ولا يقتلون النفس التى حرم الله الا بالحق — الى قوله تعالى — الا من تاب) الاية ولقوله صلى الله عليه وسلم « التوبة تجب ما قبلها » ولأن التوبة اذا صحت من الكفر فلأن تصح من القتل أولى .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) ويجب القصاص بجناية العبد ، وهو أن يقصد الاصابة بما يقتل غالباً فيقتله ، والدليل عليه قوله تعالى (وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس

والعين بالعين والانف بالانف والاذن بالاذن والسن بالسن والجروح قصاص) وقوله تعالى (كتب عليكم القصاص فى القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد) الايه . وقوله تعالى (ولكم فى القصاص حياة يا أولى الالباب)

وروى عثمان رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا يحل دم امرىء مسلم الا باحدى ثلاث : الزانى المحصن والمرتد عن دينه وقاتل النفس » ولأنه لو لم يجب القصاص أدى ذلك الى سفك الدماء وهلاك الناس ولا يجب بجناية الخطأ ، وهو أن يقصد غيره فيصيبه فيقتله ، لقوله عليه السلام « رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » ولأن القصاص عقوبة مغلظة فلا يستحق مع الخطأ ولا يجب فى عمد الخطأ ، وهو أن يقصد الاصابة بما لا يقتل غالبا فيموت منه ، لأنه لم يقصد القتل فلا يجب عليه عقوبة القتل، كما لا يجب حد الزنا فى وطء الشبهة حيث لم يقصد الزنا .

(الشرح) قوله تعالى (وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس) الخ الايات . أخرج أحمد فى مسنده عن عبدالرحمن بن أبى الزناد عن أبيه عن عبد الله بن عبدالله ابن عباس عن أبيه قال ان الله أنزل ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون وأولئك هم الظالمون وأولئك هم الفاسقون . أنزلها الله فى الطائفتين من اليهود ، وكانت احداهما قد قهرت الاخرى فى الجاهلية حتى ارتضوا واصطلحوا على أن كل قتيل قتلته العزيزة من الذليلة فديته خمسون وسقا ، وكل قتيل قتلته الذليلة من العزيزة فديته مائة وسق ، فكانوا على ذلك حتى قدم النبي صلى الله عليه وسلم ، فقتلت الذليلة من العزيزة قتيلا ، فأرسلت العزيزة الى الذليلة تطلب مائة وسق ، فقالت الذليلة وهل كان فى حيين دينهما واحد ونسبهما واحد وبلدهما واحد دية بعضهم نصف دية بعض ؟ انما أعطيناكم هذا ضيما منكم لنا وفرقا منكم . فأما إذ قدم محمد فلا نعطيكم ، فكادت الحرب تهيج بينهما (وهما قريظة والنضير) ثم ارتضوا على أن يجعلوا رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهم ، ثم ذكرت العزيزة فقالت والله ما محمد بمعطيكم منهم ضعف ما يعطيهم منكم ، ولقد صدقوا ما أعطونا هذا الا ضيما منا وقهرا لهم ؛ فدسوا الى محمد من يخبر لكم رأيه ان أعطاكم ما تريدون

حكمتموه وإن لم يعطكم حذرتم فلم تحكموه . فدسوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ناساً من المنافقين ليخبروا لهم رأى النبي صلى الله عليه وسلم ، فلما جاءوا رسول الله صلى الله عليه وسلم أخبر الله رسوله بأمرهم كله وما أرادوا ، فأنزل الله تعالى (يا أيها الرسول لا يحزنك الذين يسارعون — الى قوله تعالى — وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس — إلى قوله تعالى — ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الظالمون)

وروى الامام أحمد بإسناده عن الزهرى عن أنس أن رسول الله (ص) قرأها (وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين) نصب النفس ورفع العين . وكذا رواه أبو داود والترمذى والحاكم فى مستدركه من حديث عبد الله ابن المبارك . وقال الترمذى حسن غريب . وقال البخارى تفرد ابن المبارك بهذا الحديث . وقد استدل كثير ممن ذهب من الاصوليين والفقهاء إلى أن شرع من قبلنا شرع لنا إذا حكى مقررا ولم ينسخ كما هو المشهور عند الجمهور ، وكما حكاه الشيخ أبو اسحاق الاسفراييني عن نص الشافعى وأكثر الأصحاب بهذه الآية حيث كان الحكم عندنا على وفقها فى الجنايات .

وقال الحسن البصرى : هى عليهم وعلى الناس عامة . رواه ابن أبى حاتم ، وقد حكى الامام النووى فى كتاب الصوم من المجموع فى هذه المسئلة ثلاثة أوجه ثالثها : أن شرع ابراهيم حجة دون غيره وصحح منها عدم الحجية . ونقلها الشيخ أبو اسحاق الاسفراييني أقوالا عن الشافعى وأكثر الأصحاب . ورجح أنه حجة عند الجمهور من أصحابنا . وقد حكى الامام أبو نصر بن الصباغ فى الشامل إجماع العلماء على الاحتجاج بهذه الاية على ما دلت عليه .

أما حديث عثمان رضى الله عنه فقد أخرجه أبو داود فى الديات عن سليمان ابن حرب والترمذى فى الفتن عن أحمد بن الضبي والنسائى فى المحاربة عن ابراهيم ابن يعقوب وعن مؤمل بن إهاب وعن أبى الازهر أحمد بن الازهر وابن ماجه فى الحدود عن أحمد بن عبدة ، ولفظه « أن عثمان أشرف يوم الدار فقال أنشدكم الله أتعلمون أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لا يحل دم امرىء مسلم إلا بإحدى ثلاث ، زنا بعد إحصان ، أو ارتداد بعد اسلام ، أو قتل نفسا بغير حق

فقتل به ، فو الله ما زنيت فى جاهلية ولا فى إسلام ، ولا ارتددت منذ بايعت رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولا قتلت النفس التى حرم الله ، فبم تقتلوننى ؟ » قال الترمذى ورواه حماد بن سلمة عن يحيى بن سعيد فرفعه

وروى يحيى بن سعيد القطان وغير واحد عن يحيى بن سعيد هذا الحديث فأوقفوه ولم يرفعوه ، وقد روى هذا الحديث من غير وجه عن عثمان عن النبى صلى الله عليه وسلم مرفوعا

ورواه الشيخان وأصحاب السنن وأحمد عن ابن مسعود بلفظ « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يحل دم امرىء مسلم يشهد أن لا إله إلا الله وأنى رسول الله الا بإحدى ثلاث ، الثيب الزانى ، والنفس بالنفس ، والتارك لدينه المفارق للجماعة » وروى أحمد والنسائى عن عائشة مرفوعا « لا يحل دم امرىء مسلم الا من ثلاثة إلا من زنى بعد ما أحصن ، أو كفر بعد ما أسلم ، أو قتل نفسا فقتل بها » ورواه مسلم عنها بمعناه .

وفى لفظ رواه النسائى عنها « لا يحل قتل مسلم الا فى إحدى ثلاث خصال زان محصن فيرجم ، ورجل يقتل مسلما متعمدا ، ورجل يخرج من الإسلام فيحارب الله عز وجل فيقتل أو يصلب أو ينفى من الأرض » وأخرجه بهذا اللفظ أبو داود والحاكم وصححه .

أما الأحكام فإنه إذا قتل من يكافئه عامداً — وهو أن يقصد قتله بما يقتل غالبا فيموت منه — وجب عليه القصاص لقوله تعالى (وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس) الاية . وهذه الآية حجة لنا بلا خلاف ، لأن من أصحابنا يقول شرع من قبلنا شرع لنا إذا لم يتصل به نكير . ومن قال منهم ليس بشرع لنا ، فإن الشرع قد ورد به ثبوت حكم هذه الاية فى حقنا ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال للربيع بنت معوذ حين كسرت سن جارية من الانصار « كتاب الله القصاص » وليس للسن ذكر فى القصاص إلا فى هذه الاية . وقوله تعالى (كتب عليكم القصاص فى القتلى ، الحر بالحر ، والعبد بالعبد) الاية . وقوله تعالى (ولكم فى القصاص حياة)

ومعنى ذلك أن الإنسان إذا علم أنه يقتل اذا قتل لم يقتل ، فكان فى ذلك

حياة لهما ، وكانت العرب تقول فى الجاهلية القتل أنفى[١] للقتل ، وكان ما ورد به القرآن أحسن لفظا وأشمل معنى . وقوله تعالى (ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطانا) والسلطان ههنا القصاص .

وروى عثمان رضى الله عنه وأرضاه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « لا يحل دم امرىء مسلم إلا بإحدى ثلاث إلخ » وقد خرجناه آنفاً ، ولا يجب القصاص للقتل الخطأ ، وهو أن يقصد غيره فيصيبه فيقتله ، لقوله صلى الله عليه وسلم « رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه» ولا يجب القصاص فى عمد الخطأ وهو أن يقصد إصابته بما لا يقتل غالبا فيموت منه ، لأنه لم يقصد القتل فلم تجب عليه عقوبة القتل .

قال المصنف رحمه الله تعالى

﴿ فصل ﴾ ولا يجب القصاص على صبى ولا مجنون لقوله صلى الله عليه وسلم « رفع القلم عن ثلاثة ، عن الصبى حتى يبلغ ، وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن المجنون حتى يفيق » ولأنه عقوبة مغلظة فلم يجب على الصبى والمجنون كالحدود والقتل بالكفر . وفى السكران طريقان ، من أصحابنا من قال يجب عليه القصاص قولا واحدا ، ومنهم من قال فيه قولان ، وقد بيناه فى كتاب الطلاق

﴿ فصل ﴾ ويقتل المسلم بالمسلم ، والذمى بالذمى ، والحر بالحر ، والعبد بالعبد ، والذكر بالذكر ، والانثى بالانثى ، لقوله تعالى (كتب عليكم القصاص فى القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد والانثى بالانثى) ويقتل الذمى بالمسلم ، والعبد بالحر ، والانثى بالذكر ، لأنه اذا قتل كل واحد منهم بمن هو مثله فلأن يقتل بمن هو أفضل منه أولى ، ويقتل الذكر بالأنثى لما روى أبو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه عن جده « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب الى أهل اليمن بكتاب فيه الفرائض والسنن أن الرجل يقتل بالمرأة » ولأن المرأة كالرجل فى حد القذف فكانت كالرجل فى القصاص .

---

(١) ورد هذا المثل بعد دخول الترقيم فى الحروف بصيغ مختلفة، مثل القتل أنفى للقتل ، والقتل أبقى للقتل . والقتل أنفى للقتل

(الشرح) قوله تعالى (كتب عليكم القصاص فى القتلى) الآية . ذكر سبب نزولها العلامة ابن كثير فى تفسيره فنقل ما رواه ابن أبى حاتم بالاسناد عن سعيد ابن جبير قال يعنى إذا كان عمداً الحر بالحر . وذلك أن حيّين من العرب اقتتلوا فى الجاهلية قبل الاسلام بقليل ، فكان بينهم قتل وجراحات حتى قتلوا العبيد والنساء ، فلم يأخذ بعضهم من بعض حتى أسلموا ، فكان أحد الحيين يتطاول على الآخر فى العدة والأموال فحلفوا ألا يرضوا حتى يقتل بالعبد منا الحر منهم ، والمرأة منا الرجل منهم ، فنزل فيهم (الحر بالحر والعبد بالعبد والانثى بالأنثى) منها منسوخة نسختها « النفس بالنفس » اه

أما حديث « رفع القلم عن ثلاثة » فقد أخرجه أحمد وأبو داود والحاكم فى المستدرك عن على وعمر رضى الله عنهما ، وقد مضى فى غير ما موضع . وأما حديث أبى بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه عن جده فقد أخرجه مالك فى الموطأ والشافعى أن النبى صلى الله عليه وسلم كتب فى كتابه إلى أهل اليمن أن الذكر يقتل بالأنثى . وهو عندهما عن عبد الله بن أبى بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه أن فى الكتاب الذى كتبه رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمرو بن حزم أن الذكر يقتل بالانثى . ووصله نعيم بن حماد عن ابن المبارك عن معمر عن عبد الله بن أبى بكر عن أبيه عن جده ، وجده محمد بن عمرو بن حزم ولد فى عهد النبى صلى الله عليه وسلم ولكن لم يسمع منه . وكذا أخرجه عبد الرزاق عن معمر ومن طريقه الدارقطنى . ورواه أبوداود والنسائى من طريق ابن وهب عن يونس عن الزهرى مرسلا. ورواه أبوداود فى المراسيل عن ابن شهاب قال قرأت فى كتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمرو بن حزم حين بعثه إلى نجران وكان الكتاب عند أبى بكر بن حزم .

ورواه النسائى وابن حبان والحاكم والبيهقى موصولا مطولا من حديث الحكم ابن موسى عن يحيى بن حمزة عن سليمان بن داود حدثنى الزهرى عن أبى بكر عن أبيه عن جده ، وفرقه الدارمى فى مسنده عن الحكم مقطعا

قال الحافظ بن حجر : وقد اختلف أهل الحديث فى صحة هذا الحديث فقال أبوداود فى المراسيل . قد أسند هذا الحديث ولا يصح ، والذى فى اسناد سليمان

ابن داود وهم إنما هو سليمان بن أرقم . وقال فى موضع آخر لا أحدث به ، وقد وهم الحكم بن موسى فى قوله سليمان بن داود ، وقد حدثنى محمد بن الوليد الدمشقى أنه قرأ فى أصل يحيي بن حمزة بن سليمان بن أرقم ، وهكذا قال أبو زرعة الدمشقى أنه الصواب وتبعه صالح جزرة وأبو الحسن الهروى وغيرهما

وقال صالح جزرة حدثنا دحيم ، قال قرأت فى كتاب يحيي بن حمزة حديث عمرو بن حزم فإذا هو عن سليمان بن أرقم ، قال صالح كتب عنى هذه الحكاية مسلم بن الحجاج .

قال الحافظ : ويؤيد هذه الحكاية ما رواه النسائى عن الهيثم بن مروان عن محمد بن بكار عن يحيى بن حمزة عن سليمان بن أرقم عن الزهرى وقال هذا أشبه بالصواب . وقال ابن حزم فى المحلى صحيفة عمرو بن حزم منقطعة لا تقوم بها حجة وسليمان بن داود متفق على تركه .

وقال عبد الحق ، سليمان بن داود الذى يروى هذه النسخة عن الزهرى ضعيف ، ويقال انه سليمان بن أرقم وتعقبه ابن عدى فقال ، هذا خطأ إنما هو سليمان بن داود وقد جوده الحكم بن موسى . وقال أبو زرعه عرضت على أحمد فقال سليمان بن داود اليمامى ضعيف ، وسليمان بن داود الخولانى ثقة ، وكلاهما يروى عن الزهرى ؛ والذى روى حديث الصدقات هو الخولانى ، فمن ضعفه فإنما ظن أنه اليمامى ، وقد أثنى على سليمان بن داود الخولانى هذا أبو زرعة وأبو حاتم وعثمان بن سعيد وجماعة من الحفاظ ، وصححه من حيث الشهرة لا من حيث الإسناد الامام الشافعى فى رسالته حيث قال لم يقبلوا هذا الحديث حتى ثبت عندهم أنه كتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم

وقال ابن عبد البر هذا كتاب مشهور عند أهل السير معروف ما فيه عند أهل العلم يستغنى بشهرته عن الاسناد لأنه أشبه التواتر فى مجيئه ، لتلقى الناس له بالقبول والمعرفة .

وقال يعقوب بن أبى سفيان لا أعلم فى جميع الكتب المنقولة كتابا أصح من كتاب عمرو بن حزم فإن الصحابة والتابعين يرجعون اليه ويدعون رأيهم .

قال الحاكم : قد شهد عمر بن عبد العزيز وإمام عصره الزهرى بالصحة لهذا الكتاب .

أما الأحكام فإنه لا يجب على الصبي والمجنون قصاص لقوله صلى الله عليه وسلم « رفع القلم عن ثلاث ، عن الصبي حتى يحتلم ، وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن المجنون حتى يفيق ، ولأن القصاص من حقوق الأبدان ، وحقوق الأبدان لا تجب على الصبي والمجنون كما قلنا فى الصلاة والصوم ، وإن قتل السكران من يكافئه عمداً فهل يجب عليه القصاص ؟ فيه طريقان ، من أصحابنا من قال فيه قولان ، ومنهم من قال يجب فيه القصاص قولا واحداً ، وقد مضى ذكر ذلك فى الطلاق .

وان قتل رجلا وهو عاقل ثم جن أو سكر لم يسقط عنه القصاص ، لأن القصاص قد وجب عليه فلا يسقط بالجنون والسكر كما لا يسقط عنه ذلك بالنوم

وقال الحنابلة فى القصاص على السكران اذا قتل حال سكره بناء على وقوع طلاقه وفيه روايتان فيكون فى وجوب القصاص عليه وجهان

(أحدهما) أنه أشبه بالمجنون لزوال عقله ، ولأنه غير مكلف أشبه الصبى والمجنون . ورجح ابن قدامة منهم القصاص ، لأن الصحابة رضى الله عنهم أقاموا سكره مقام قذفه فأوجبوا عليه حد القاذف ، فلولا أن قذفه موجب للحد عليه لما وجب الحد بخطيئته . واذا وجب الحد فالقصاص المتمحض حق آدمى أولى ، ولأنه حكم لو لم يجب القصاص والحد لأفضى الى أن من أراد أن يعصى الله تعالى شرب ما يسكره ثم يقتل ويزنى ويسرق ، ولا يلزمه عقوبة ولا مأثم ، ويصير عصيانه سببا لسقوط عقوبة الدنيا والآخرة عنه ، ولا وجه لهذا ، وفارق هذا الطلاق ، ولأنه قول يمكن الغاؤه بخلاف القتل .

فأما ان شرب أو أكل ما يزيل عقله غير الخمر على وجه محرم — فإن زال عقله بالكلية بحيث صار مجنونا فلا قصاص عليه ؛ وان كان يزول قريبا ويعود من غير تداو فهو كالسكر على ما فصل فيه .

(مسألة) وان كان الجانى والمجنى ممن يحد أحدهما بقذف الآخر فقد ذكرنا أنه يجب القصاص على الجانى فإن قتل المسلم مسلما والكافر كافراً ، سواء كانا على دين واحد أو على دينين ، أو قتل الرجل رجلا أو المرأة امرأة ، وقتل الحر حرا

أو العبد عبداً وجب القصاص على القاتل لقوله تعالى (كتب عليكم القصاص فى القتلى) الخ الاية . ولأن كل واحد منهما مساو لصاحبه فقتل به ، ويقتل الكافر بالمسلم والعبد بالحر والأنثى بالذكر لقوله تعالى (وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس) ولأنه إذا قتل بمن يساويه فلأن يقتل بمن هو أعلا منه أولى ، ويقتل الذكر بالأنثى ، وهو قول أكثر العلماء .

وقال ابن عباس رضى الله عنهما لا يقتل بها ، وقال عطاء يكون ولى المرأة بالخيار بين أن يأخذ ديتها وبين أن يقتل الرجل بها ويدفع الى وليه نصف الدية . وروى ذلك عن على رضى الله عنه ، ودليلنا قوله تعالى (ولكم فى القصاص حياة) وقوله تعالى (وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس) وهذا عام الا فيما خصه الدليل ، ولحديث أبى بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه عن جده ، أن النبى صلى الله عليه وسلم كتب إلى أهل اليمن بقتل الرجل بالمرأة ، ولأنهما شخصان يحد كل واحد منهما بقذف صاحبه فجرى القصاص بينهما كالرجلين والمرأتين ، ويقتل الخنثى بالرجل والمرأة ، ويقتل الرجل والمرأة بالخنثى لقوله تعالى (وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس)

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ولا يجب القصاص على المسلم بقتل الكافر ، ولا على الحر بقتل العبد ، لما روى عن على كرم الله وجهه أنه قال : من السنة أن لا يقتل مسلم بكافر ومن السنة أن لا يقتل حر بعبد . فإن جرح ذمى ذمياً ثم أسلم الجانى أو جرح عبد عبداً ثم أعتق الجانى اقتص منه لأنهما متكافئان منه حال الوجوب والاعتبار بحال الوجوب لأن القصاص كالحد ، والحد يعتبر بحال الوجوب ، بدليل أنه اذا زنى وهو بكر ثم أحصن أقيم عليه حد البكر

ولو زنى وهو عبد ثم أعتق أقيم عليه حد العبد ، فوجب أن يعتبر القصاص أيضا بحال الوجوب .

وإن قطع مسلم يد ذمى ثم أسلم ثم مات ، أو قطع حر يد عبد ثم أعتق ثم مات ، لم يجب القصاص ، لأن التكافؤ معدوم عند وجود الجناية ، فإن جرح

مسلم مسلما ثم ارتد المجروح ثم أسلم ثم مات ، فإن أقام فى الردة زماناً يسرى الجرح فى مثله لم يجب القصاص ، لأن الجناية فى الاسلام توجب القصاص ، والسراية فى الردة تسقط القصاص ، فغلب الاسقاط ، كما لو جرح جرحا عمداً وجرحا خطئاً ، فإن لم يقم فى الردة زماناً يسرى فيه الجرح ففيه قولان

أحدهما : لا يجب فيه القصاص ، لأنه أتى عليه زمان لو مات فيه لم يجب القصاص فسقط . والثانى : يجب القصاص وهو الصحيح ، لأن الجناية والموت وجدا فى حال الاسلام ، وزمان الردة لم يسر فيه الجرح ، فكان وجوده كعدمه

وان قطع يده ثم ارتد ثم مات ففيه قولان :

(أحدهما) يسقط القصاص فى الطرف ، لأنه تابع للنفس ، فإذا لم يجب القصاص فى النفس لم يجب فى الطرف

(والثانى) وهو الصحيح أنه يجب ، لأن القصاص فى الطرف يجب مستقراً فلا يسقط بسقوطه فى النفس ، والدليل عليه أنه لو قطع طرف إنسان ثم قتله من لا قصاص عليه لم يسقط القصاص فى الطرف وان سقط فى النفس

(فصل) وان قتل مرتد ذميا ففيه قولان (أحدهما) أنه يجب القصاص ، وهو اختيار المزنى لأنهما كافران ، فجرى القصاص بينهما كالذميين

(والثانى) أنه لا يجب لأن حرمة الاسلام باقية فى المرتد بدليل أنه يجب عليه قضاء العبادات ، ويحرم استرقاقه ، وان كانت امرأة لم يجز للذمى نكاحها ، فلا يجوز قتله بالذمى ، وان جرح مسلم ذميا ثم ارتد الجانى ثم مات المجنى عليه لم يجب القصاص قولا واحدا لأنه عدم التكافؤ فى حال الجناية فلم يجب القصاص وإن وجد التكافؤ بعد ذلك ، كما لو جرح حر عبدا ثم أعتق العبد

وان قتل ذمى مرتداً فقد اختلف أصحابنا فيه ، فمنهم من قال يجب عليه القصاص إن كان القتل عمداً ، والدية ان كان خطأ ، لأن الذمى لا يقتل المرتد تدينا . وانما يقتله عناداً ، فأشبه اذا قتل مسلما

وقال أبو اسحاق لا يلزمه قصاص ولا دية ، وهو الصحيح ، لأنه مباح الدم فلم يضمن بالقتل ، كما لو قتله مسلم . وقال أبو سعيد الاصطخرى : ان قتله عمدا وجب القصاص لأنه قتله عنادا ؛ وان قتله خطأ لم تلزمه الدية لأنه لا حرمة له

(فصل) وإن حبس السلطان مرتداً فأسلم وخلاه فقتله مسلم لم يعلم بإسلامه ففيه قولان (أحدهما) لا قصاص عليه لأنه لم يقصد قتل من يكافئه (والثانى) يجب عليه القصاص، لأن المرتد لا يخلى إلا بعد الإسلام، فالظاهر أنه مسلم فوجب القصاص بقتله. وإن قتل المسلم الزانى المحصن ففيه وجهان (أحدهما) يجب عليه القصاص، لأن قتله لغيره فوجب عليه القصاص بقتله، كما لو قتل رجل رجلا فقتله غير ولى الدم (والثانى) لا يجب، وهو المنصوص، لأنه مباح الدم فلا يجب القصاص بقتله كالمرتد.

(الشرح) حديث على كرم الله وجهه رواه أحمد والبخارى والنسائى وأبو داود والترمذى عن أبى جحيفة قال « قلت لعلى هل عندكم شىء من الوحى ما ليس فى القرآن؟ فقال لا والذى فلق الحبة وبرأ النسمة إلا فهماً يعطيه الله رجلا فى القرآن وما فى هذه الصحيفة. قلت: وما فى هذه الصحيفة؟ قال العقل وفكاك الأسير وأن لا يقتل مسلم بكافر.

وأخرج أحمد والنسائى وأبو داود والحاكم وصححه عن على أن النبى (ص) قال: المؤمنون تتكافأ دماؤهم وهم يد على من سواهم ويسعى بذمتهم أدناهم، ألا لا يقتل مؤمن بكافر، ولا ذو عهد فى عهده.

أما الأحكام فقد قال الشافعى فى الام: وخطبته صلى الله عليه وسلم يوم الفتح كانت بسبب القتيل الذى قتلته خزاعة وكان له عهد، فخطب النبى (ص) فقال: لو قتلت مسلماً بكافر لقتلته به. وقال: لا يقتل مؤمن بكافر ولا ذو عهد فى عهده.

إذا ثبت هذا فإنه لا يقتل المسلم بالكافر، سواء كان الكافر ذمياً أو مستأمنا أو معاهداً، وروى ذلك عن عمر وعثمان وعلى وزيد بن ثابت ومعاوية، وبه قال الحسن وعمر بن عبد العزيز والزهرى والثورى وابن شبرمة وأحمد وإسحاق وعطاء وعكرمة والاوزاعى ومالك، وقال الشعبى والنخعى وأبو حنيفة يقتل المسلم بالذمى ولا يقتل بالمستأمن، وهو المشهور عن أبى يوسف، وروى عن أبى يوسف أنه قال يقتل بالمستأمن

وقال أحمد ، الشعبي والنخعي قالا : دية المجوسي واليهودي كدية المسلم وان قتله يقتل به ، هـذا عجب ؛ يصير اليهودي مثل المسلم ؟ سبحان الله ! ! ما هذا القول ؟ واستبشعه .

ودليلنا على أصحاب الرأي ما روى أبو جحيفة قال ، قلت لعلي رضي الله عنه يا أمير المؤمنين هل عندكم سوداء في بيضاء ليس في كتاب الله ؟ قال لا والذي فلق الحبة وبرأ النسمة ما علمته ، إلا فهماً يعطيه الله رجالا للقرآن وما في هذه الصحيفة ، قلت وما في هذه الصحيفة ؟ قال فيها العقل وفكاك الأسير وألا يقتل مسلم بكافر .

وعن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ، لا يقتل مؤمن بكافر ولا ذو عهد في عهده .

ومعنى قوله لا يقتل ذو عهد في عهده . أي لا يجوز قتل أهل الذمة ، ولانه مسلم قتل كافراً فلم يقتل به كالمستأمن .

(فرع) وإن قتل الكافر كافرا ثم أسلم القاتل ، أو جرح الكافر كافرا فمات المجروح وأسلم الجارح قتل به . وقال الاوزاعي لا يقتل به . ودليلنا ما روى البيهقي من حديث عبد الرحمن بن البيلماني أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قتل مسلما بمعاهد وقال أنا أكرم من وفى بذمته . وتأويله أنه قتله كافرا ثم أسلم ، ولأن القصاص حد والاعتبار بالحد حال الوجوب دون حال الاستيفاء ، بدليل أنه لو زنى وهو بكر فلم يحد حتى أحصن ، أو زنى وهو عبد فلم يحد حتى أعتق اعتبر حال الوجوب ، وهذا كان مكافئا له حال الوجوب فلم يتغير بما طرأ بعده وإن جرح الكافر كافرا فأسلم الجارح ثم مات المجروح ففيه وجهان

(أحدهما) لا قصاص عليه لأنه قد أتت عليه حالة لو قتله فيها لم يجب عليه القصاص (والثاني) يجب عليه القصاص وهو المشهور اعتباراً بحالة الاصابة ، كما لو مات المجروح ثم أسلم الجارح

(مسألة) ان قتل حر عبدا لم يقتل به ، سواء كان عبده أو عبد غيره . وروى ذلك عن أبي بكر وعمر وعلي وزيد بن ثابت وابن الزبير ، وبه قال مالك وأحمد ، وقال النخعي يقتل به ، سواء كان عبده أم عبد غيره .

وقال أبو حنيفة : يقتل بعبد غيره ولا يقتل بعبد نفسه ، فإن قتل حر كافر عبداً مسلما لم يقتل به ، لأن الحر لا يقتل بالعبد ، وإن قتل عبد مسلم حراً كافراً لم يقتل به ، لأن المسلم لا يقتل بالكافر . وإن قتل عبد عبداً ثم أعتق القاتل وجرح عبد عبداً فمات المجروح ثم أعتق الجارح قتل به لأنه كان مساوياً له حال الجناية ، وإن أعتق الجارح ثم مات المجروح فهل يجب عليه القصاص؟ فيه وجهان كما قلنا فى الكافر إذا جرح كافراً فأسلم الجارح ثم مات المجروح . وإن قتل ذمى عبدا ثم لحق الذمى بدار الحرب وأخذه المسلمون واسترقوه لم يقتل به ، لأنه كان حين وجوب القصاص حراً فلم يتغير حكمه .

(فرع) وإن قطع مسلم يد ذمى ثم أسلم الذمى ثم مات فلا قصاص على المسلم وكذلك إذا قطع حر يد عبد ثم أعتق العبد ثم مات فلا قصاص على الحر ، لأن القصاص لما سقط فى القطع سقط فى سرايته ، ولأن القصاص – معتبرا بحال الجناية – هو غير كاف له ، فلم يجب عليه القصاص كما قلنا فى الكافر إذا قطع يد الكافر ثم مات المقطوع وأسلم القاطع ، وإن قطع مسلم يد مرتد أو يد حربى ثم أسلم المقطوع ثم مات لم يجب على القاطع قود ولا دية ، لأنه لم يكن مضموناً حال الجناية . ومن أصحابنا من قال يجب فيه دية مسلم لأنه مسلم حال استقرار الجناية ، والأول أصح

وإن رمى مسلم الى ذمى سهماً فأسلم ثم وقع به السهم فمات لم يجب به القود ووجب فيه دية مسلم ، وفارق جزاء الصيد لأنه مال فاعتبر فيه حال الإصابة لأنه حال الاستقرار والقود ليس بمال فاعتبر فيه حال الارسال ، فإذا أوجبنا الدية فى المرتد والحربى إذا أسلما قبل الاصابة وبعد الارسال ، فإن أبا إسحاق المروزى قال لا تجب الدية فى الحربى وتجب فى المرتد ، لأن الحربى كان له رميه والمرتد ليس له قتله وإنما قتله الى الامام . ومن أصحابنا من قال لا دية فيهما ، والاول هو المنصوص .

وإن قطع مسلم يد مسلم ثم ارتد المجروح ثم أسلم ثم مات من الجراحة فهل يجب على الجارح القود ؟ اختلف أصحابنا فيه ، فمنهم من قال ينظر فيه فإن أقام فى الردة زماناً تسرى فيه الجراحة لم تجب وعليه القود فى النفس قولا واحدا لأن

الجناية في الإسلام توجب القصاص والسراية في حال الردة لا توجب القصاص وقد خرجت الروح منهما فلم يجب القصاص كما لو جرحه جراحة عمدا وجراحة خطأ ومات منهما

وإن أقام في الردة زماناً لا تسري فيه الجراحة فهل يجب عليه القصاص في النفس ؟ فيه قولان :

أحدهما : يجب القصاص لأن الجناية والسراية في حال الاسلام ، وزمان الردة لا تأثير له .

والثاني : لا يجب القصاص لأنه كما لو طلق امرأته ثلاثاً في مرض موته ثم ارتدت ثم مات فإنها لا ترثه . ومن أصحابنا من قال القولان في الحالين ، لأن الشافعي رحمه الله قال في الأم : لو قطع ذمي يد مستأمن فنقض العهد في عهد المستأمن ولحق بدار الحرب ثم عاد بأمان ثم سرت الى نفسه ، فهل على القاطع القود ؟ فيه قولان ، ونقض المستأمن العهد كالردة للمسلم

(مسألة) وإن قتل المرتد ذمياً فهل يجب عليه القود ؟ فيه قولان :

أحدهما : يجب عليه القود ، وهو اختيار الشافعي والمزني لأنهما كافران يجري القصاص بينهما كالذميين ، ولأن الذمي أحسن حالا من المرتد ، لأنه مقر على دينه والمرتد غير مقر على دينه ، فعلى هذا يجب عليه القصاص سواء رجع إلى الاسلام أو لم يرجع ، لأن القصاص قد وجب عليه حال الجناية فلم يسقط بالاسلام كالذمي إذا جرح الذمي ثم أسلم الجارح ثم مات .

(والثاني) لا يجب عليه القصاص ، لأنه شخص يجب في ماله الزكاة فلم يقتل بالذمي كالمسلم ، فعلى هذا تجب عليه الدية ، فإن رجع الى الاسلام تعلقت الدية بذمته . وان مات أو قتل على الردة تعلقت بماله ، وإن جرح المسلم ذميا ثم ارتد الجارح ثم مات المجروح لم يجب القصاص قولا واحدا ، وان قتل الذمي مرتداً فهل يجب عليه القود ؟

قال الخراسانيون من أصحابنا يبنى على القولين في المرتد اذا قتل الذمي .

وقال البغداديون من أصحابنا فيه ثلاثة أوجه (أحدها) وهو قول أبي على ابن أبي هريرة — أنه يجب عليه القود ، فإن عفا عنه أو كانت الجناية خطأ وجبت فيه الدية ، لأن قتله بالردة للمسلمين ، فإذا قتله غيرهم وجب عليه الضمان

كما لو قتل رجل رجلا فقتله غير ولى الدم (والثانى) وهو قول أبى الطيب وأبى سعيد الاصطخرى أنه يجب عليه القود ، فإن عفا عنه أو كانت الجناية خطأ لم يجب عليه الدية ، لأن القود إنما يجب عليه لاعتقاد الذمى أنه مثله وأنه مكافىء له ولا يجب عليه الديه ، لأنه لا قيمة لديته (والثالث) وهو قول أبى اسحاق — وهو الأصح — أنه لا يجب عليه القود ولا الدية ، لأن كل من لا يضمنه المسلم بقود ولا دية لم يضمنه الذمى كالحربى . وإن قتل المرتد مرتداً فهل يجب عليه القصاص فيه وجهان حكاهما الصيمرى ، أحدهما يجب عليه القصاص لأنه ربما يسلم القاتل

(مسألة) إذا حبس السلطان مرتداً فأسلم وخلاه فقتله رجل قبل أن يعلم بإسلامه فهل يجب عليه القود ؟ فيه قولان

(أحدهما) لا يجب عليه القود لأنه لم يقصد قتل من يكافئه ، فعلى هذا يجب عليه دية مسلم .

(والثانى) يجب عليه القود ، لأن الظاهر من المرتد أنه لا يخلى من حبس السلطان وفى دار الاسلام إلا بعد إسلامه ، وقال الطبرى : وإن أسلم الذمى وقتله المسلم قبل أن يعلم بإسلامه أو أعتق العبد فقتله حر قبل أن يعلم بعتقه فهل يجب عليه القود ؟ فيه قولان كالتى قبلها . وأما الزانى المحصن إذا قتله رجل بغير إذن الإمام ففيه وجهان :

(أحدهما) أن عليه القود لأن قتل المحصن الى الإمام ، فإذا قتله غيره بغير إذنه وجب عليه القود كما لو قتل رجل رجلا فقتله غير ولى الدم

(والثانى) لا يجب عليه القود — وهو المنصوص — لما روى أن رجلا قال « يا رسول الله وجدت مع امرأتى رجلا أفأمهله حتى أقيم البينة ؟ قال نعم » فدل على أنه إذا أقام البينة لا يمهله بل له أن يقتله .

وروى ابن المسيب أن رجلا وجد مع امرأته رجلا فقتله فأشكل فيه الأمر على معاوية رضى الله عنه فكتب فى ذلك إلى أبى موسى الاشعرى رضى الله عنه فسأله أن يسأل علياً رضى الله عنه عن ذلك فقال على رضى الله عنه : ما هذا شىء وقع بأرضنا عزمت عليك إلا أخبرتنى ، فقال له : كتب إلىّ بذلك معاوية ،

فقال علي : أنا أبو الحسن لها ، إن أقام البينة وإلا أعطى برمته (والرمة الحبل الذي يربط به الرجل اذا قدم للقتل)

ويروى العمراني في البيان أن رجلا على عهد عمر رضي الله عنه خرج في غزوة وترك يهودياً في بيته يخدم امرأته فلما كان في بعض الليالي خرج رجل من المسلمين في سحر فسمع اليهودي يقول :

وأشعث غره الاسلام مني خلوت بعرسه ليل التمام
أبيت على ترائبها ويمسي على حرد . . . الخ ما قال

فدخل عليه الرجل وقتله ، فأخبر بذلك عمر رضي الله عنه فأهدر دم اليهودي ولم تثبت عندي هذه الواقعة لأمور كثيرة ، لأنه في حاجة إلى إثبات إحصان اليهودي وإلى أربعة شهود على الإقرار بالشعر إذا قلنا بصحة الشهادة على الاقرار وقلنا بصحة كونه شعرا ، وقلنا بعدم الرجوع الى الامام هل يصح ، وسيأتي في الحدود ، وأخيراً صحة إسناد الرواية

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا يجب القصاص على الاب بقتل ولده ، ولا على الام بقتل ولدها ، لما روى عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يقاد الأب من إبنه ، فإذا ثبت هذا في الأب ثبت في الأم ، لأنها كالأب في الولادة ، ولا يجب على الجد وان علا ، ولا على الجدة وان علت بقتل ولد الولد وان سفل لمشاركتهم الاب والام في الولادة وأحكامها

وإن ادعى رجلان نسب لقيط ثم قتلاه قبل أن يلحق نسبه بأحدهما لم يجب القصاص لأن كل واحد منهما يجوز أن يكون هو الاب ، وإن رجعا في الدعوى لم يقبل رجوعهما ، لأن النسب حق وجب عليهما ، فلا يقبل رجوعهما فيه بعد الاقرار . وإن رجع أحدهما وجب عليه القصاص ، لأنه ثبتت الأبوة للآخر وانقطع نسبه من الراجع .

وان اشترك رجلان في وطء امرأة وأتت بولد يمكن أن يكون من كل واحد منهما وقتلاه قبل أن يلحق بأحدهما لم يجب القصاص ، وإن أنكر أحدهما النسب

لم يقبل إنكاره ولم يجب عليه القصاص ، لأن بإنكاره لا ينقطع النسب عنه ولا يلحق بالآخر بخلاف المسئلة قبلها ، فإن هناك لحق النسب بالآخر وانقطع عن الراجع ، وإن قتل زوجته وله منها ابن لم يجب عليه القصاص ، لأنه إذا لم يجب له عليه بجنايته عليه فلا يجب له عليه بجنايته على أمه ، وإن كان لها إبنان أحدهما منه والآخر من غيره لم يجب عليه القصاص ، لأن القصاص لا يتبعض ، فإذا سقط نصيب إبنه سقط نصيب الآخر ، كما لو وجب لرجلين على رجل قصاص فعفا أحدهما عن حقه ، وإن اشترى المكاتب أباه وعنده عبد فقتل أبوه العبد لم يجز للمكاتب أن يقتص منه ، لأنه إذا لم يجب له القصاص عليه بجنايته عليه لم يجب بجنايته على عبده .

﴿ فصل ﴾ ويقتل الابن بالاب لأنه إذا قتل بمن يساويه فلأن يقتل بمن هو أفضل منه أولى ، وإن جنى المكاتب على أبيه وهو فى ملكه ففيه وجهان

(أحدهما) لا يقتص منه ، لأن المولى لا يقتص منه لعبده

(والثانى) يقتص منه ، واليه أومأ الشافعى رحمه الله فى بعض كتبه ، لأن المكاتب ثبت له حق الحرية بالكتابة ، وأبوه ثبت له حق الحرية بالإبن ، ولهذا لا يملك بيعه فصار كالإبن الحر إذا جنى على أبيه الحر

﴿ فصل ﴾ وإن قتل مسلم ذمياً أو قتل حر عبدا أو قتل الاب ابنه فى المحاربة ففيه قولان (أحدهما) لا يجب عليه القصاص لما ذكرناه من الاخبار ، ولأن من لا يقتل بغيره اذا قتله فى غير المحاربة لم يقتل به اذا قتله فى المحاربة كالمخطىء (والثانى) أنه يجب لأن القتل فى المحاربة تأكد لحق الله تعالى ، حتى لا يجوز فيه عفو الولى ، فلم يعتبر فيه التكافؤ كحد الزنا .

(الشرح) حديث عمر بن الخطاب نازع فى صحته ابن نافع وابن عبد الحكم وابن المنذر وقالوا — واللفظ لابن المنذر — قد رووا فى هذا أخبارا

قلت : والحديث أخرجه الترمذى فى الديات عن أبى سعيد الاشج وابن ماجه فى الديات عن أبى بكر بن أبى شيبة ، كما أخرجه الترمذى فيه عن ابن بشار من حديث ابن عباس ولفظه «لا تقام الحدود فى المساجد ولا يقتل الوالد بالولد» وأخرجه

ابن ماجه عن ابن عباس أيضا فى الحدود عن هرون بن محمد بن بكار . وزعم ابن قدامة فى المغنى[1] رواية النسائى له عن عمر ولم أجده هناك . وقد ذكر الحديثين (أعنى حديث عمر وحديث ابن عباس) ابن عبد البر وقال هو حديث مشهور عند أهل العلم بالحجاز والعراق ، مستفيض عندهم يستغنى بشهرته عن الاسناد فيه ، حتى يكون الاسناد فى مثله مع شهرته تكلفاً ، ولأن النبى (ص) قال « أنت ومالك لأبيك » وقضية هذه الاضافة تمليكه اياه ، فإذا لم تثبت حقيقة الملكية بقيت الاضافة شبهة فى درء القصاص لأنه يدرأ بالشبهات ، ولأنه سبب ايجاده فلا ينبغى أن يتسلط بسببه على أعدامه . وما ذكرناه يخص العمومات ويفارق الاب سائر الناس

أما الاحكام فقد قال الشافعى رضى الله عنه : ولا يقتل والد بولد لأنه اجماع ولا حد من قبل أم ولا أب .

وجملة ذلك أن الأب اذا قتل ولده لم يجب عليه القصاص ، وبه قال عمر وابن عباس من الصحابة ، ومن الفقهاء ربيعة والاوزاعى وأبو حنيفة وأحمد واسحاق . وقال ابن نافع وابن عبد الحكم وابن المنذر : يقتل به لظاهر الكتاب والاخبار الموجبة للقصاص ، ولأنهما حران مسلمان من أهل القصاص فوجب أن يقتل كل واحد منهما بصاحبه كالاجنبيين

وقال مالك : ان رماه بالسيف فقتله لم يقتل لأنه قد يريد بذلك التأديب . وان أضجعه وذبحه قتل به . دليلنا ما روى عمر وابن عباس رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « لا يقاد والد بولده » ولأن كل من لا يقتل به اذا رماه بالسيف لم يقتل به ، وان أضجعه وذبحه كالمسلم اذا ذبح الكافر

فإن قيل : ما معنى قول الشافعى لأنه اجماع ، ومالك يخالف ؟ فله تأويلان أحدهما أنه أراد به اجماع الصحابة ، لأنه روى عن عمر وابن عباس ولا مخالف لهما فى الصحابة ، والثانى أنه أراد اذا رماه بالسيف فإنه اجماع ، ولا تقتل الأم

---

(١) من أمهات الكتب فى الشريعة على مذهب أحمد ولم يعن أحد بتحقيق أحاديثه وتحرير أقواله فى هوامش دقيقة مدروسة ، وقد حاولنا ذلك فى هامش نسختنا . « المطيعى »

ولا أحد من الجدات من قبل الأم أو الأب ، ولا أحد من الاجداد من قبل الاب والام بالولد وان سفل

قال الطبري : وذكر صاحب التلخيص قولا آخر أن غير الاب من الأمهات والأجداد يقتلون بالولد . قال أصحابنا ولا يعرف هذا للشافعي ، ولعله قاس على رجوعهم في هبتهم له فإن فيه قولين عند الخراسانيين . والدليل عليه الحديث « لا يقاد والد بولده » والوالد يقع على الجميع ، ولأن ذلك حكم يتعلق بالولادة اشاركوا فيه الأب كالعتق بالملك ووجوب النفقة

(فرع) وإن ادعى رجلان نسب لقيط ولا بينة لأحدهما عرض على القافة — فإن قتلاه قبل أن يلحق بأحدهما — لم يجب على أحدهما قود لأن كل واحد منهما يجوز أن يكون أباه ، فإن رجعا عن الاقرار بنسبه لم يسقط نسبه عن أحدهما ، لأن معنى من أقر بنسب احتمال صدقه لم يجز إسقاطه برجوعه ، فإن رجع أحدهما وأقام الآخر بينة على دعواه انتفى نسبه عن الراجع ولحق بالاخر لان رجوع الراجع لا يسقط نسبه ، ويسقط القصاص عن الذى لحق نسبه به ، ويجب القصاص على الراجع ، لانه شارك الاب ، ولا يكون القصاص للأب لأنه قاتل ، بل يكون لورثة القتيل ، ويجب على الاب لهم نصف الدية

وان تزوج رجل امرأة فى عدتها من غيره ووطئها جاهلا بالتحريم وأتت بولد يمكن أن يكون من كل واحد منهما فقتلاه قبل أن يلحق بأحدهما لم يجب على أحدهما قود لجواز أن يكون كل واحد منهما أباه ، فإن رجعا لم يقبل رجوعهما فإن رجع أحدهما وأقدم الاخر على الدعوى لم يسقط نسبه عن الراجع ولم يجب عليه القود ، ويفارق التى قبلها لان الابوة هناك ثبتت بالاعتراف فقبل رجوعه مع إقامة الاخر على الدعوى ، وههنا الابوة ثبتت بالفراش فلم تسقط بالرجوع

(فرع) وان قتل رجل زوجته وله منها ابن لم يجب له على الاب القود ، لانه اذا لم يقد به اذا قتله لم يجب عليه القود بالارث من أمه ، وان كان لها ابنان أحدهما من زوجها القاتل لها والثانى من آخر لم يجب على الزوج القود ، لان القود يكون مشتركا بين الاثنين ، والابن لا يثبت له القود على أبيه ، فإذا سقط حقه من القود سقط حق شريكه ، كما لو ثبت القود على رجلين فعفى أحدهما

(مسألة) قوله « ويقتل الابن بالأب إلخ » فجملة ذلك أن الولد يقتل بالوالد لأن الوالد أكمل منه فقتل به ، كما يقتل الكافر بالمسلم والعبد بالحر والمرأة بالرجل وذلك كله إجماع ، فإن كان هناك رجل له زوجة وهما متوارثان وبينهما إبنان فقتل أحد الاثنين أباهما عمداً ثم قتل الابن الاخر أمهما عمدا فإن القصاص يجب على قاتل الأم ويسقط عن قاتل الأب ، لأنه لما قتل الابن الاب لم يرثه ، وإنما ترث الزوجة الثمن وقاتل الأم الباقي وملكا عليه القود ، فلما قتل الابن الاخر الأم لم يرثها وإنما يرثها قاتل الاب وقد كانت تملك عليه ثمن القود وانتقل ذلك اليه ، فإذا ملك بعض ما عليه من القود سقط عنه القود لأنه لا يتبعض فسقط الجميع ، وكان لقاتل الأب القود على قاتل الأم ، لأنه لا وارث لها سواه ، ولقاتل الأم على قاتل الأب سبعة أثمان دية الاب ، فإن عفا قاتل الاب عن قاتل الام وجب له عليه دية الام ، وهل يسقط عن كل واحد منهما ما يساوى ماله على الاخر ؟ على الاقوال الاربعة فى المقاصة .

فإذا قلنا يسقط بقى على قاتل الاب ثلاثة أثمان دية الاب ، فاذا قلنا لا يسقط أدى كل واحد منهما ماعليه للآخر ، وان اقتضى قاتل الاب من قاتل الام ، فان كان لقاتل الام ورثة غير قاتل الاب طالبوه بسبعة أثمان دية الاب ، وإن لم يكن له وارث غيره فهل يرثه ؟ فيه وجهان فى القاتل بالقصاص هل يرث ؟ الصحيح أنه لا يرثه ، فأما إذا لم يرث الزوجة من الزوج — فان كانت بائنا منه أو كانت غير بائن منه إلا أن أحدهما جرح أباه وجرح الاخر أمه ثم خرجت روحاهما فى حالة واحدة ، فان كل واحد من الإثنين لا يرث ممن قتله ، ولكنه يرث الابن الاخر. واختلف أصحابنا هل يثبت القود فى ذلك ؟ فقال أكثرهما يجب لكل واحد منهما القود على أخيه ، لأن كل واحد منهما ورث من قتله أخوه فوجب له على أخيه القود ، فعلى هذا إن كان قاتل الاب قتله أولا اقتص منه قاتل الام ، فان كان لقاتل الاب وارث غير قاتل الام اقتص من قاتل الام ، وإن لم يكن له وارث غير قاتل الام ، فان قلنا ان القتل بالقصاص لا يمنع الميراث — ورث القود على نفسه وسقط . وإن قلنا إن القتل بالقصاص يمنع الميراث انتقل القصاص إلى من بعده من العصبات ، فان لم تكن عصبة كان القصاص الى الامام ، وان قتلاهما

حالة واحدة أو جرحاهما وخرجت روحاهما فى حالة واحدة ثبت لكل واحد منهما القصاص على صاحبه ولا يقدم أحدهما على الاخر بل إن تشاحا فى البادىء منهما أقرع بينهما . فاذا خرجت القرعة لأحدهما فاقتص ، أو بادر أحدهما فقتل الاخر من غير قرعة فقد استوفى حقه ولوارث المقتول أن يقتل الابن المقتص ، وان كان المقتص من ورثته فهل يرثه ، على الوجهين ، الصحيح لا يرثه .

وقال ابن اللبان : القصاص لا يثبت ههنا لانه لا سبيل الى أن يستوفى كل واحد منهما القصاص من صاحبه ، فلو بدأ أحدهما فاقتص من أخيه بطل حق المقتص منه من القصاص ، لأن حقه ينتقل الى وارثه ان شاء قتل وان شاء ترك . وأما القرعة فلا تستعمل فى إثبات القصاص ، وعلى هذا يكون على قاتل الاب دية الام لقاتل الاب

قال ابن اللبان : فان مات أحد القاتلين قبل أن يتحا كما كان لورثة الميت أن يقتلوا الاخر ، ويرجع الاخر أو وارثه فى تركة الميت بدية الذى قتله الميت من الابوين ، ولا يقال إن القصاص سقط ثم وجب لأنه لم يثبت لا لأنه لم يجب ولكن لم يثبت لتعذر الاستيفاء ، واذا أمكن الاستيفاء ثبت والاول هو المشهور

بقى أن تعرف أن الشريعة السمحة جعلت لولى الدم الحق فى استيفاء حقه أو العفو عن القصاص اكتفاء بالدية أو العفو عنهما ، وما جر الى انتشار جرائم الثأر فى ديارنا المصرية لا سيما فى الصعيد الا إغفال القوانين الوضعية هذا الجانب الاصلى فى استقرار الامن فى البلاد، فان ركون المرء الى من يتولى الحكم فى قضيته بما أنزل الله يجعله قابلا كل حكم يصدر ، وقد ينشر التسامح والعفو بينهم (فمن عفى له من أخيه شىء فاتباع بالمعروف وأداء اليه بإحسان) ومن ثم تتلاشى أسباب الغمر والسخائم والاحقاد التى تنمو بنمو الثأر . وقد نبه على هذا المستشار أحمد موافى النائب العام الاسبق فى كتابه بحث مقارن بين الشريعة والقوانين الوضعية ولا شك أن مراعاة شعور ولى الدم له أثره فى امتصاص غضبه وتهدئة ثائرته . وحرص الشرع على ألا يهدر دم فى الاسلام يطفىء الإحن بين الناس ويحسم ما بينهم من نزاع وأضغان (ومن أصدق من الله حكما لقوم يوقنون)

(فرع) اذا كان هناك أربعة اخوة يرث بعضهم بعضا فقتل الكبير الذى يليه

وقتل الثالث الصغير ، وجب القصاص على الثالث وعلى الكبير نصف الدية لأن الكبير لما قتل الثانى وجب عليه القصاص للثالث والرابع ، فلما قتل الثالث الرابع وجب القصاص على الثالث للكبير وسقط القصاص عن الكبير لأنه وارث بعض دم نفسه عن الرابع فسقط عنه القصاص ووجب عليه للثالث نصف دية الثانى . وإن قتل رجل ابن أخيه وورث المقتول أبوه ثم مات أبو المقتول ولم يخلف وارثاً غير القاتل فإنه يرثه ويسقط عنه القصاص لأنه ملك جميع ما ملكه أبو المقتول فكأنه ملك دم نفسه فسقط عنه القصاص

قال المصنف رحمه الله تعالى :

﴿ فصل ﴾ وتقتل الجماعة بالواحد إذا اشتركوا فى قتله ، وهو أن يجنى كل واحد منهم جناية لو انفرد بها ومات أضيف القتل اليه ووجب القصاص عليه ، والدليل عليه ما روى سعيد بن المسيب « أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قتل سبعة أنفس من أهل صنعاء قتلوا رجلا ، وقال لو تمالأ فيه أهل صنعاء لقتلتهم » ولأنا لو لم نوجب القصاص عليهم جعل الاشتراك طريقاً إلى إسقاط القصاص وسفك الدماء .

فإن اشترك جماعة فى القتل وجناية بعضهم عمداً وجناية البعض خطأ لم يجب القصاص على واحد منهم لأنه لم يتمحض قتل العمد فلم يجب القصاص

وإن اشترك الاب والاجنبى فى قتل الإبن وجب القصاص على الاجنبى ، لأن مشاركة الأب لم تغير صفة العمد فى القتل فلم يسقط القود عن شريكه . كمشاركة غير الاب

وإن اشترك صبى وبالغ فى القتل — فإن قلنا إن عمد الصبى خطأ — لم يجب القصاص على البالغ لأن شريكه مخطىء . وإن قلنا إن عمده عمد وجب ، لأن شريكه عامد فهو كشريك الاب

وإن جرح رجل نفسه وجرحه آخر أو جرحه سبع وجرحه آخر ومات . ففيه قولان :

(أحدهما) يجب القصاص على الجارح لأنه شاركه فى القتل عامداً فوجب

عليه القصاص كشريك الأب (والثانى) لا يجب لأنه إذا لم يجب على شريك المخطىء وجنايته مضمونة فلأن لا يجب على شريك الجارح نفسه والسبع وجنايتهما غير مضمونة أولى . وإن جرحه رجل جراحة وجرحه آخر مائة جراحة وجب القصاص عليهما ، لأن الجرح له سراية فى البدن وقد يموت من جرح واحد ولا يموت من جراحات فلم تمكن إضافة القتل إلى واحد بعينه ولا يمكن إسقاط القصاص فوجب على الجميع . وان قطع أحدهما يده وحز الاخر رقبته أو قطع حلقومه ومريئه أو شق بطنه فأخرج حشوته ، فالاول قاطع يجب عليه ما يجب على القاطع والثانى قاتل لأن الثانى قطع سراية القطع فصار كما لو اندمل الجرح ثم قتله الاخر . وان قطع أحدهما حلقومه ومريئه أو شق بطنه وأخرج حشوته ثم حز الاخر رقبته فالقاتل هو الاول لأنه لا تبقى بعد جنايته حياة مستقرة وانما يتحرك حركة مذبوح ولهذا يسقط حكم كلامه فى الاقرار والوصيه والاسلام والتوبة . وان أجافه جائفة يتحقق الموت منها الا أن الحياة فيه مستقرة ثم قتله الاخر كان القاتل هو الثانى ، لأن حكم الحياة باق . ولهذا أوصى عمر رضى الله عنه بعد ما سقى اللبن وخرج من الجرح ووقع الاياس منه فعمل وصيته لجرى مجرى المريض المأيوس منه اذا قتل وإن جرحه رجل فداوى جرحه بسم غير موح الا أنه يقتل فى الغالب ، أو خاط جرحه فى لحم حى أو خاف التآكل فقطعه فمات ففى وجوب القتل على الجانى طريقان من أصحابنا من قال فيه قولان ، أحدهما يجب عليه القتل . والثانى لا يجب لأنه شاركه فى القتل من لا ضمان عليه فكان فى قتله قولان ، كالجارح اذا شاركه المجروح أو السبع فى الجرح ومنهم من قال لا يجب عليه القتل قولا واحدا لأن المجروح ههنا لم يقصد الجناية وانما قصد المداواة فكان فعله عمد خطأ فلم يجب القتل على شريكه والمجروح هناك والسبع قصدا الجناية فوجب القتل على شريكهما ، وان كان على رأس مولى عليه سلعة فقطعها وليه أو جرحه رجل فداواه الولى بسم غير موح أو خاط جرحه فى لحم حى ومات ففيه قولان ، أحدهما يجب على الولى القصاص لانه جرح جرحا مخوفا فوجب عليه القصاص كما لو فعله غير الولى والثانى لا قصاص عليه لانه لم يقصد الجناية وانما قصد المداواة وله نظر فى مداواته فلم يجب عليه القصاص ، فإن قلنا يجب عليه القصاص

وجب على الجارح لأنهما شريكان فى القتل ، وان قلنا لا قصاص عليه لم يجب على الجارح لأنه شارك من فعله عمد خطأ

(الشرح) فى هذا الفصل لغات ، فقوله حشوته هى يقال حُشوة بالكسر والضم . وحلقومه مجرى النفس ، وهو القصبة والمرىء مدخل الطعام والشراب وقوله «غير موح» أى غير مسرع ، والوحا السرعة ؛ وقوله عليه سلعة ، فالسلعة بالكسر زيادة فى البدن كالجوزة وتكون فى مقدار حمصة إلى بطيخة ، والسّلعة بالفتح الجراحة ، والجائفة الطعنة التى تبلغ الجوف ، وجافه الدواء فهو مجوف إذا دخل جوفه ، وفى الحديث « فى الجائفة ثلث الدية »

أما الاحكام فإن الجماعة تقتل بالواحد ، وهو أن يجنى عليه كل واحد منهم جناية لو انفرد بها مات منها وجب عليه القصاص ، وبه قال من الصحابة عمر وعلى وابن عباس والمغيرة بن شعبة . ومن التابعين ابن المسيب وعطاء والحسن وأبو سلمة . ومن الفقهاء الاوزاعى والثورى ومالك وأحمد وأبو حنيفة وإسحاق وأبو ثور . وقال محمد بن الحسن ليس هذا بقياس وإنما صرنا اليه من طريق الاثر والسنة .

وقال ابن الزبير ومعاذ بن جبل والزهرى وابن سيرين : لا يقتل الجماعة بالواحد بل للولى أن يختار واحداً منهم فيقتله ويأخذ من الباقين حصتهم من الدية وقال ربيعة وداود : يسقط القصاص ، وبه قال حبيب بن أبى ثابت وعبد الملك وابن المنذر ، وحكاه ابن أبى موسى عن ابن عباس

ووجه قول ابن الزبير ومن قال مثله أن كل واحد منهم مكافىء له فلا تستوفى أبدال بمبدل واحد كما لا تجب ديات لمقتول واحد ، ولأن الله تعالى قال (الحر بالحر) وقال (وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس) فمقتضاه أنه لا يؤخذ بالنفس أكثر من نفس واحدة ، ولأن التفاوت فى الأوصاف يمنع ، بدليل أن الحر لا يؤخذ بالعبد ، والتفاوت فى العدد أولى . قال ابن المنذر : لا حجة مع من أوجب قتل جماعة بواحد .

دليلنا قوله تعالى (ولكم فى القصاص حياة) فأوجب القصاص لاستيفاء الحياة ، وذلك أنه متى علم الانسان أنه إذا قتل غيره قتل به لم يقدم على القتل ، فلو قلنا لا تقتل الجماعة بالواحد لمكان الاشتراك يسقط القصاص ، وسقط هذا

المعنى . وقوله تعالى (ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطانا) والسلطان القصاص ، ولم يفرق بين أن يقتله واحد أو جماعة . وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « ثم أنتم ياخزاعة قد قتلتم هذا القتيل من هذيل ، وأنا والله عاقله فمن قتل بعده قتيلا فأهله بين خيرتين إن أحبوا قتلوا وإن أحبوا أخذوا الدية » وقد أخرج مالك فى الموطأ أن عمر رضى الله عنه قتل سبعة من أهل صنعاء قتلوا رجلا ، وقال لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم جميعاً ، وموضع الدليل « فمن » ومن يستغرق الجماعة والواحد

(فرع) وإن اشترك اثنان فى قتل رجل وأحدهما يجب عليه القود ، ولو انفرد دون الآخر نظرت — فإن كان سقوط القود عن أحدهما لمعنى فى فعله ، مثل أن كان أحدهما مخطئاً والآخر عامداً — لم يجب القصاص على واحد منهما ، وبه قال أبو حنيفة وأحمد . وقال مالك يجب القصاص على العامد منهما . دليلنا أن الروح لم تخرج عن عمد الاثنين فلم يجب عليه القصاص ، كما لو جرحه خطأ فمات منه .

وان شارك الصبى والمجنون — وهما عامدان — فى الجناية بنى ذلك على عمدها ، وفيه قولان أحدهما أن عمدهما فى حكم الخطأ ، وبه قال مالك وأبوحنيفة لقوله صلى الله عليه وسلم « رفع القلم عن ثلاثة : عن الصبى حتى يحتلم ، وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن المجنون حتى يفيق » فأخبر أن القلم مرفوع عنهما فدل على أن عمدهما فى حكم الخطأ ، ولأن عمدهما لو كان فى حكم العمد لوجب عليهما القصاص ، فعلى هذا لا يجب على من شاركهما فى الجناية ، وانما سقط القصاص عنهما لمعنى فى أنفسهما كشريك الأب ، ولأن الصبى لو أكل فى الصوم عامداً لبطل صومه ، فلو أن لعمده حكما لما بطل صومه . هكذا ذكر الشيخ أبو حامد وابن الصباغ . وقال المسعودى : المجنون الذى لا يميز ، والطفل الذى لا يعقل مثله عمدهما خطأ قولا واحداً ، فلا يجب على شريكهما القصاص ، وان شارك من لا ضمان عليه مثل أن جرح نفسه وجرحه آخر ، أو جرحه سبع وجرحه آخر أو قطعت يده بقصاص أو سرقة وجرحه آخر ومات فهل يجب القصاص على الشريك الذى عليه الضمان ؟ فيه قولان (أحدهما) يجب عليه القصاص ،

لأنه شارك فى القتل عامداً فوجب عليه القصاص كشريك الأب (والثانى) لا يجب عليه القصاص إذا شارك من لا ضمان عليه أولا

(فرع) وإن جرحه رجل جراحة يقتل منها عامداً فداوى نفسه بسم فمات نظرت - فإن كان سماً موحياً يقتل فى الحال لم يجب على الجارح قصاص فى النفس لأنه قطع سراية جرحه بالسم، فصار كما لو جرحه رجل ثم ذبح نفسه وإن كان السم قد يقتل وقد لا يقتل، والغالب أنه لا يقتل لم يجب على الجارح قصاص فى النفس لأنه مات من فعلين، وأحدهما عمد خطأ، فهو كما لو شارك العامد مخطئاً، وإن كان السم قد يقتل وقد لا يقتل والغالب أنه يقتل بأن وضع سيانيد البوتاسيوم على الجرح فهل يجب القصاص على الجارح فى النفس؟ اختلف أصحابنا فيه، فمنهم من قال فيه قولان، لأنه شارك قاصداً الى الجناية ولا يجب عليه الضمان، فهو كما لو جرح نفسه وجرحه آخر، أو جرحه سبع وجرحه آخر، ومنهم من قال لا يجب عليه القصاص قولا واحداً، لأنه لم يقصد الجناية على نفسه وإنما قصد المداواة فصار فعله عمد خطأ بخلاف شريك السبع وشريك من جرح نفسه وأنهما قصدا الجناية

(فرع) وان جرحه رجل فخيط جرحه فمات نظرت - فإن خيط فى لحم ميت كاللحم اذا قطعه السيف فإن القود يجب على الجارح لأنه لا سراية للخياطة فى اللحم الميت، وان خيط فى اللحم الحى نظرت - فإن خاطه المجروح بنفسه أو خاطه غيره بأمره - فهل يجب القود على الجارح فى النفس؟ فيه طريقان كما قلنا فيه اذا داوى جرحه بسم قد يقتل وقد لا يقتل، الا أنه يقتل فى الغالب، وان خاطه أجنبى بغير اذنه أو أكرهه على ذلك وجب القود على الجارح والذى خاط الجراحة لأنهما قاتلان، وان خاطه السلطان وأكرهه على ذلك، فإن كان لا ولاية له عليه كان كغيره من الرعية فيجب عليه القود فى النفس مع الجارح وان كان له على المجروح ولاية بأن كان صغيراً أو مجنوناً أو خاطها الولى عليه غير السلطان أو كان على المولى عليه سلعة فقطعها وليه فمات، فهل يجب عليه القود فيه قولان:

(أحدهما) يجب عليه القود لأنه جرح جرحاً مخوفاً فوجب عليه القود،

فعلى هذا يجب على شريكه وهو الجارح القود (والثانى) لا يجب عليه القود لانه لم يقصد الجناية وانما قصد المداواة فصار فعله عمد خطأ ، فعلى هذا لا يجب عليه أو على شريكه القود فى النفس . و يجب على كل واحد منهما نصف ديته مغلظة، وهل يكون ما وجب على الامام من ذلك فى ماله أو فى بيت المال ؟ فيه قولان يأتى بيانهما إن شاء الله تعالى

(فرع) وإن جرح رجل رجلا جرحاً وجرحه آخر مائة جرح ثم مات فهما شريكان فى القتل ، فيجب عليهما القود ، لانه يجوز أن يموت من الجرح الواحد كما يجوز أن يموت من المائة ، واذا تساوى الجميع فى الجواز فالظاهر أنه مات من الجميع فصارا قاتلين فيجب عليهما القود ، وان عفا عنهما وجبت الدية عليهما نصفين ولا تقسط الدية على عدد الجراحات كما قلنا فى الجلاد اذا زاد جلده على ما أمر به فى أحد القولين ، لان الاسواط متماثلة والجراحات لها مور فى البدن أى قطع . وقد يجوز الواحدة منها هى القاتلة وحدها دون غيرها ، وان أجافه رجل جائفة وجرحه آخر جراحة غير جائفة ثم مات منهما فهما سواء ، وكون احداهما أعمق من الاخرى لا يمنع من تساويهما كما لا يمنع زيادة جراحات أحدهما فى العدد التساوى بينهما

(فرع) اذا قطع رجل حلقوم رجل أو ضربه ثم جاء آخر فقطعه نصفين أو خرق بطنه وقطع أمعاءه وأبانها منه ثم جاء آخر فذبحه فالاول قاتل يجب عليه القود ولا يجب على الثانى الا التعزير ، لأن بعد جناية الاول لا يبقى فيه حياة مستقرة ، وانما يتحرك كما يتحرك المذبوح ، ولانه قد صار فى حكم الموتى بدليل أنه لا يصح اسلامه ولا توبته ، ولا يصح بيعه ولا شراؤه ولا وصيته ولا يرث وان جنى لم يجب عليه شىء فصار كما لو جنى على ميت

وان قطع الاول يده أو رجله ثم حز الاخر رقبته أو أجافه الاول ثم قطع الثانى رقبته فالاول جارح يجب عليه ما يجب على الجارح والثانى قاتل ، لان بعد جناية الاول فيه حياة مستقرة ، لأنه قد يعيش اليوم واليومين وقد لا يموت من هـــذه الجناية ، بدليل أنه يصح اسلامه وتوبته وبيعه وشراؤه ووصيته ؛

ولهذا لما طعن أبو لؤلؤة المجوسى أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضى الله عنه فى بطنه فجاءه الطبيب وسقاه لبنا فخرج اللبن من بطنه ، فقال له اعهد إلى النـاس ، فعهد عمر رضى الله عنه ثم مات فعملت الصحابة رضوان الله عليهم بعهده فصار كالصحيح ، والله تعالى أعلم بالصواب

قال المصنف رحمه الله تعالى :

﴿ باب ما يجب به القصـاص من الجنايات ﴾

إذا جرحه بما يقطع الجلد واللحم كالسيف والسكين والسنان ، أو بمـا حدد من الخشب والحجر والزجاج وغيرها أو بما له مَوْر وبُعد غور كالمسلة والنشاب وما حدد من الخشب والقصب ومات منه وجب عليه القود ، لأنه قتله بما يقتل غالبا ، وإن غرز فيه إبرة — فإن كان فى مقتل كالصدر والخاصرة والعين وأصول الأذن فمـات منه — وجب عليه القود ، لأن الإصابة بها فى المقتل ، كالإصابة بالسكين والمسلة فى الخوف عليه ، وإن كان فى غير مقتل كالالية والفخذ نظرت — فإن بقى منه ضمناً إلى أن مات — وجب عليه القود ، لأن الظاهر أنه مات منه وان مات فى الحال ففيه وجهان

(أحدهما) وهو قول أبى إسحاق أنه يجب عليه القود لان له غوراً وسراية فى البدن . وفى البـدن مقاتل خفية

(والثانى) وهو قول أبى العباس وأبى سعيد الاصطخرى أنه لا يجب لأنه لا يقتل فى الغالب فلا يجب به القود ، كما لو ضربه بمثقل صغير ، ولأن فى المثقل فرقاً بين الصغير والكبير ، فكذلك فى المحدد

(الشرح) اللغات : المور الموج والاضطراب والجريان ، ومار الدم يمور موراً جرى ، وأماره أسـاله ، ومار السنان فى المطعون إذا قطعه ودخل فيه . قال الشاعر :

وأنتم أناس تغمضون من القنا ... إذا مار فى أكتافكم وتأطرا

ويقولون : فلان لايدرى ما سائر من مائر ، فالمائر السيف القاطع الذى يمور

فى الضريبة موراً ، والسائر بيت الشعر المروى المشهور . أما الغور فهو قعر كل شيء . وقوله « ضمنا » هو الذى به الزمانة فى جسده من بلاء أو كسر أو غيره .
أما الاحكام فإنه اذا جرح رجل رجلا بما يجرح بحده كالسيف والسكين أو بماحده من الرصاص والقصب والذهب والخشب أو بالليطة وهى القصبة المشقوقة أو بما له مور فى البدن كالسنان والسهم والمغراز الذى يثقب به الاسكافى النعل والمسلة — وهى المخيط — فمات منها — وجب على الجارح القود ، سواء كان الجراح صغيرا أو كبيرا أو سواء مات فى الحال أو بقى متألما الى أن مات ، وسواء كان فى مقتل أو فى غير مقتل ، لأن جميع ذلك يشق اللحم ويبضعه ويقتل غالبا وأما اذا غرز فيه إبرة فمات نظرت — فإن غرزها فى مقتل مثل أصول الاذنين والعين والقلب والانثيين وجب عليه القود لأنها تقتل غالبا اذا غرزت فى هذه المواضع ، وان غرزت فى غير مقتل كالالية والفخذ ، قال ابن الصباغ فإن بالغ فى ادخالها فيها وجب عليه القود ، وان لم يبالغ فى ادخالها بل غرزها فاختلف أصحابنا فيه فقال الشيخان أبو حامد الاسفراييني وأبو اسحاق المروزى : ان بقى من ذلك متألما الى أن مات فعليه القود ، لأن الظاهر أنه مات منه

وان مات فى الحال ففيه وجهان . قال أبو اسحاق يجب عليه القود لأن الشافعى رحمه الله قال سواء صغر الجرح أو كبر فمات المجروح فإن القود يجب فيه . ولانه جرحه بحديدة لها مورة فى البدن فوجب فيها القود كالمسلة

وقال أبو العباس بن سريج وأبو سعيد الاصطخرى : لا يجب به القود لأن الغالب أن الانسان لا يموت من غرز ابرة ، فإذا مات علمنا أن موته وافق غرزها فهو كما لو رماه ببعرة أو ثوب فمات ، كالذى يموت بالسكتة القلبية فى اللحظة التى يضربه آخر بعصا لا يموت من مثلها ، وقد دخل علم الطب الشرعى والتشريح الدارس لأسباب الجناية فى مثل هذه الحالات فحدد أسباب الوفاة بطرق قطعية أو شبيهة بالقطعية هى أقرب الوسائل للوصول الى ما هو الحق ، اذا تولى ذلك اثنان من الاطباء الشرعيين الثقات العدول ، لأنا نقول فيهما ما سبق أن قلناه فى القافة فى اتفاقهما واختلافهما وتطابقهما وتناقضهما

واعترض ابن الصباغ على هذا فقال لا وجه لهذا التفصيل عندى ، لأنه إذا كانت العلة لا تقتل غالبا فلا وصل بين أن يبقى ضمنا منه أو يموت فى الحال ، فإن قيل لأنه إذا لم يزل ضمنا منه فقد مات منه ، واذا مات فى الحال فلا يعلم أنه مات منه ، قال فكان ينبغى أن يكون الوجهان فى وجوب الضمان دون القود ، فيراعى فى الفعل أن يكون بحيث يقتل فى الغالب ، ألا ترى أن الناس يحتجمون ويفتصدون ؟ أفترى ذلك يقتل فى الغالب وهم يقدمون عليه ؟ وقال المسعودى : هل يجب عليه القود ؟ فيه وجهان من غير تفصيل

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان ضربه بمثقل نظرت فإن كان كبيرا من حديد أو خشب أو حجر فمات منه وجب عليه القود لما روى أنس رضى الله عنه أن يهوديا قتل جارية على أوضاح لها بحجر ، فقتله رسول الله صلى الله عليه وسلم بين حجرين ، ولأنه يقتل غالبا فلو لم يجب فيه القود جعل طريقا الى اسقاط القصاص وسفك الدماء . وان قتله بمثقل صغير لا يقتل مثله كالحصاة والقلم فمات لم يجب القود ولا الدية ، لأنا نعلم أنه لم يمت من ذلك ، وان كان بمثقل قد يموت منه وقد لا يموت كالعصا . فإن كان فى مقتل وفى مريض أو فى صغير أو فى حر شديد أو فى برد شديد أو والى عليه الضرب فمات وجب عليه القود ، لأن ذلك يقتل غالبا فوجب القود فيه .

وان رماه من شاهق أو رمى عليه حائطا فمات وجب القود فيه ، لأن ذلك يقتل فى الغالب ، وان خنقه خنقا شديدا أو عصر خصيتيه عصرا شديدا أو غمه بمخدة أو وضع يده على فيه ومنعه التنفس الى أن مات وجب القود لأن ذلك يقتل فى الغالب ، وان خنقه ثم خلاه وبقى منه متألما الى أن مات وجب القود ، لأنه مات من سراية جنايته ، فهو كما لو جرحه وتألم منه الى أن مات ، وان تنفس وصح ثم مات لم يجب القود ، لأن الظاهر أنه لم يمت منه فلم يجب القود ، كما لو جرحه واندمل الجرح ثم مات

(فصل) وان طرحه فى نار أو ماء ولا يمكنه التخلص منه لكثرة الماء

والنار أو لعجزه عن التخلص بالضعف ، أو بأن كتفه وألقاه فيه ومات وجب القود لأنه يقتل غالبا ، وان ألقاه فى ماء يمكنه التخلص منه فالتقمه حوت لم يجب القود ، لأن الذى فعله لا يقتل غالبا ، وان كان فى لجة لا يتخلص منها فالتقمه حوت قبل أن يصل الى الماء ففيه قولان (أحدهما) يجب القود لأنه ألقاه فى مهلكة فهلك (والثانى) لا يجب لأن هلاكه لم يكن بفعله

(الشرح) حديث أنس أخرجه البخارى فى الديات عن محمد وعن حجاج ابن منهال وعن اسحاق وعن مسدد وعن محمد بن بشار ، وفى الطلاق وفى الوصايا عن حسان بن أبى عباد وفى الاشخاص عن موسى بن اسماعيل وأخرجه مسلم فى الديات عن محمد بن المثنى ومحمد بن بشار وعن هداب وعن عبد بن حميد وأخرجه أبو داود فى الديات عن عثمان بن أبى شيبة وأحمد بن صالح ومحمد بن كثير وأخرجه الترمذى فى الديات عن على بن حجر والنسائى فى القود عن على بن حجر وعن اسحاق بن ابراهيم ، وعن محمد بن عبد الله وعن اسماعيل بن مسعود ، وفى المحاربة عن أحمد بن عمرو بن السرح والحارث بن مسكين وابن ماجه فى الديات عن على بن محمد وعن محمد بن بشار وأخرجه أيضا أحمد والدارقطنى «أن يهودياً رض رأس جارية بين حجرين ، فقيل لها من فعل بك هذا ؟ فلان أو فلان حتى سمي اليهودى ، فأومأت برأسها ، فجىء به فاعترف ، فأمر به النبى صلى الله عليه وسلم فرضّ رأسه بحجرين »

وفى رواية لمسلم « فقتلها بحجر فجىء بها الى النبى صلى الله عليه وسلم وبها رمق » وفى رواية أخرى «قتل جارية من الانصار على حلى لها ثم ألقاها فى قليب ورضخ رأسها بالحجارة ، فأمر به أن يرجم حتى يموت ، فرجم حتى مات »

أما اللغات فالمثقل بضم الميم وفتح الثاء المثلثة وتشد القاف المفتوح بصيغة المفعول والمثقلة بالتأنيث كلاهما رخامة ونحوها يثقل بها البساط

أما الاوضاح فهى جمع وضح ، يقال درهم وضح ، نقى أبيض على النسب ، والوضح الدرهم الصحيح والاوضاح حلى من الدراهم الصحاح . وحكى ابن الاعرابى أعطيته دراهم أوضاحا كأنها ألبان شوك رعت بدكداك مالك : مالك رمل بعينه

وقلما ترعى الإبل هنالك الا الحلىّ وهو أبيض ، فشبه الدراهم فى بياضها بألبان الابل التى لا ترعى إلا الحلى وضح القدم بياض أخمصه

وقوله « غمه بمخدة » غممته غطيته فانغم .

أما الأحكام فإنه إن ضربه بمثقل فمات منه — فإن كان يقتل مثل الحجر الكبير أو الخشبة أو الدبوس أو رمى عليه حائطا أو سقفاً وما أشبهه — وجب عليه القود . وبه قال مالك وابن أبى ليلى وأبو يوسف ومحمد. وقال النخعى والشعبى والحسن البصرى وأبو حنيفة : لا يجب القصاص بالمثقل

دليلنا ماروى طاوس عن ابن عباس رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « العمد قود إلا أن يعفو ولى المقتول ، والخطأ دية لا قود فيه ولم يفرق وروى أنس الحديث الذى ساقه المصنف فى الفصل وخرجناه آنفاً . قال العمرانى وفى هذا الخبر فوائد

إحـــداها أن القود يجب بالقتل بالمثقل . الثانية أنه يستقاد به . الثالثة أن اليهودى يقتل بالمسلم . الرابع أن الرجل يقتل بالمرأة . الخامس أن الإشارة حكم لأنه لو لم يكن لها حكم لأنكر عليهم النبى صلى الله عليه وسلم

(قلت) مذهبنا ومذهب الجمهور . وحكى ابن المنذر الإجماع عليه إلا رواية عن على . وعن الحسن وعطاء أن الرجل يقتل بالمرأة ، ورواه البخارى عن أهل العلم .

قال الشوكانى فى النيل : وروى فى البحر عن عمر بن عبد العزيز والحسن البصرى وعكرمة وعطاء ومالك وأحد قولى الشافعى أنه لا يقتل الرجل بالمرأة ، وإنما تجب الدية ، وقد رواه عن الحسن البصرى أبو الوليد الباجى والخطابى . وحكى هذا القول صاحب الكشاف عن الجماعة الذين حكاه صاحب البحر عنهم ، ولكنه قال : وهو مذهب مالك والشافعى ، ولم يقل وهو أحد قولى الشافعى ، كقول صاحب البحر ، وقد أشار السعد فى حاشيته على الكشاف الى أن الرواية التى ذكرها الزمخشرى وهم محض . قال ولا يوجـــد فى كتب المذهبين — يعنى مذهب مالك والشافعى — تردد فى قتل الذكر بالانثى

وأخرج البيهقى عن أبى الزناد أنه قال :كان من أدركته من فقهائنا الذين ينتهى

إلى قولهم ، منهم سعيد بن المسيب وعروة بن الزبير والقاسم بن محمد وأبو بكر بن عبد الرحمن وخارجة بن زيد بن ثابت وعبيد الله بن عبد الله بن عتبة وسليمان بن يسار فى جلة من سواهم من نظرائهم أهل فقه وفضل أن المرأة تقاد من الرجل عيناً بعين وأذناً بأذن وكل شيء من الجراح على ذلك ، وإن قتلها قتل بها ، ورويناه عن الزهرى وغيره وعن النخعى والشعبى وعمر بن عبد العزيز . قال البيهقى وروينا عن الشعبى وإبراهيم خلافه فيما دون النفس

وعن حمل بن مالك (وهو ابن النابغة الهذلى وهو يعد فى بصريى الصحابة ، وحديثه الآتى مخرج عند المدنيين والبصريين) قال رضى الله عنه « كنت بين امرأتين فضربت إحداهما الأخرى بمسطح فقتلتها وجنينها ، فقضى النبى (ص) فى جنينها بغرة وأن تقتل بها » رواه أبو داود فى الديات والنسائى فى القود وابن ماجه فى الديات والدارقطنى ، وليس لحمل حديث سواه عن النبى صلى الله عليه وسلم ، والمسطح الخشبة الكبيرة تركز فى وسط الخيمة .

وإن ضرب بمثقل لا يقتل مثله غالباً كالقلم والحصى فمات لم يجب عليه القود ولا الدية ولا الكفارة ، لأنا نعلم أنه لا يموت منه ، وإنما وافق موته ضربته ، وإن ضربه بمثقل قد يقتل وقد لا يقتل كالسوط والعصا الخفيف فمات ، فإن والى عليه الضرب إلى أن بلغ عدداً يقتل مثله فى الغالب على حسب حال المضروب ، أو رمى به بأن يضربه خمسمائة أو ألفاً ، فإن ذلك يقتل فى الغالب ، وكذلك إذا كان المضروب نضو الخلق أو فى حر شديد أو فى برد شديد فضربه دون ذلك فمات لم يجب عليه القود لأنه عمد خطأ ويجب عليه الدية

(فرع) وإن خنقه بيده أو بحبل أو طرح على وجهه مخدة أو منديلا واتكأ عليه حتى مات — فإن فعل ذلك مدة يموت المخنوق من مثلها غالباً وجب على قاتله القود ، لأنه تعمد قتله بما يقتل مثله غالبا . وإن كان فى مدة يجوز أن يموت مثله من مثلها ، ويجوز أن لا يموت لم يجب عليه القود وعليه دية مغلظة ، لأن فعله عمد خطأ .

وإن خنقه خنقاً يموت مثله من مثله ثم أرسله حياً ثم مات — فإن كان قد أورثه الخنق شيئا حتى لا يخرج نفسه ، أو بقى متألماً إلى أن مات ، وجب على الخانق القود

لأنه مات بسراية فعله . وإن جعل في رقبته خراطة حبل وتحت رجليه كرسياً وشد الحبل إلى سقف بيت وما أشبهه ونزع الكرسي من تحته فانخنق ومات وجب عليه القود لأنه أوحى الخنق

(مسألة) وإن طرحه في نار في حفير فلم يمكنه الخروج منها حتى مات وجب عليه القود لأنه قتله بما يقتل غالبا . وإن كانت النار في بسيط من الأرض ، فإن كان لا يمكنه الخروج منها لكثرتها أو لشدة التهابها ، أو بأن كتفه وألقاه فيها ، أو بأن كان ضعيفاً لا يقدر على الخروج وجب عليه القود لأنه قتله بما يقتل غالبا ، وان أمكنه الخروج منها فلم يخرج حتى مات ، ويعلم إمكان الخروج بأن يقول أنا أقدر على الخروج ولا أخرج لم يجب القود ، وهل يجب عليه الدية فيه قولان :

(أحدهما) يجب عليه الدية ، لأنه ضمنه بطرحه في النار ، فلم يسقط عنه الضمان بتركه الخروج مع قدرته عليه ، كما لو جرحه جراحة وأمكنه مداواتها فلم يداوها حتى مات .

(والثاني) لا يجب عليه الدية ، لأن النفس لم يخرج بالطرح بالنار ، وإنما خرجت ببقائه فيها باختياره ، فهو كما لو خرج منها ثم عاد اليها ، ويفارق ترك المداواة لأنه لم يحدث أمراً كان به التلف بخلاف بقائه في النار فإنه أحدث أمراً حصل به التلف ، ولأن البرء في الدواء أمر مظنون فلم تسقط به الدية ، والسلامة بالخروج أمر متحقق فسقط بتركه الضمان ، فإذا قلنا بهذا وجب على الطارح أرش ما عملت فيه النار من حين طرحه فيها إلى أن أمكنه الخروج فلم يخرج

(فرع) قال الشافعي رحمه الله : لو طرحه في لجة بحر وهو يحسن العوم أو لا يحسن العوم فغرق فيها فعليه القود . وجملة ذلك أنه إذا طرحه في لجة البحر فهلك فعليه القود ، سواء كان يحسن السباحة أو لا يحسن ، لأن لجة البحر مهلكة وان طرحه بقرب الساحل فغرق فمات — فإن كان مكتوفاً أو غير مكتوف وهو لا يحسن السباحة — فعليه القود ، وان كان يحسن السباحة وأمكنه أن يخرج فلم يخرج حتى غرق ومات أو طرحه فيما يمكنه الخروج منه فلم يخرج منه حتى مات فلا يجب عليه القود ، وهل تجب عليه الدية؟ فيه طريقان . من أصحابنا من قال

ويه قولان كما لو طرحه فى نار يمكنه الخروج منها فلم يخرج منها حتى مات ، ومنهم من قال لا يجب عليه الدية قولا واحداً ، لأن العادة لم تجر بأن يخوض النار فى النار ، والعادة بأن الناس يخوضون فى الماء .

وإن طرحه فى البحر بقرب الساحل وهو ممن يمكنه الخروج منه فابتلعه حوت فلا قود عليه لأنه كان يمكنه الخروج لو لم يبلعه الحوت ، وقيل عليه القود لأنه لو لم يبتلعه الحوت لما كان يتخلص . والثانى لا يجب عليه القود بل عليه الدية ، لأن الهلاك لم يكن بفعله ، والاول أصح

وإن طرحه فى ساحل بحر قد يزيد اليه الماء وقد لا يزيد ، فزاد الماء وأغرقه لم يجب عليه القود لأنه لا يقصد قتله ، ويجب عليه دية مغلظة لأنه عمد خطأ وإن كان الموضع لا يزيد الماء اليه فزاد وغرق لم يجب عليه القود ، وتجب عليه دية مخففة لأنه خطأ عمد .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن حبسه ومنعه الطعام والشراب مدة لا يبقى فيها من غير طعام ولا شراب فمات وجب عليه القود ، لأنه يقتل غالباً ، وإن أمسكه على رجل ليقتله فقتله وجب القود على القاتل دون الممسك ، لما روى أبو شريح الخزاعى « أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : إن من أعتى الناس على الله عز وجل من قتل غير قاتله أو طلب بدم الجاهلية فى الاسلام أو بصر عينيه فى النوم ما لم تبصره » وروى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « يقتل القاتل ويصبر الصابر » ولأنه سبب غير ملجىء ضامنه مباشرة فتعلق الضمان بالمباشرة دون السبب كما لو حفر بئراً فدفع فيها آخر رجلا فمات .

(فصل) وإن كتف رجلا وطرحه فى أرض مسبعة أو بين يدى سبع فقتله لم يجب القود لأنه سبب غير ملجىء فصار كمن أمسكه على من يقتله فقتله . وإن جمع بينه وبين السبع فى زبية أو بيت صغير ضيق فقتله وجب عليه القود لأن السبع يقتل إذا اجتمع مع الادمى فى موضع ضيق

وإن كتفه وتركه فى موضع فيه حيات فنهشته فمات لم يجب القود ، ضيقاً كان

المكان أو واسعاً ، لأن الحية تهرب من الآدمى فلم يكن تركه معها ملجئاً الى قتله وان أنهشه سبعاً أو حية يقتل مثلها غالباً فمات منه وجب عليه القود لأنه ألجأه الى قتله ، وإن كانت حية لا يقتل مثلها غالباً ففيه قولان (أحدهما) يجب القود لأن جنس الحيات يقتل غالباً (والثانى) لا يجب لأن الذى ألسعه لا يقتل غالبا

(الشرح) حديث أبي شريح الخزاعى رواه أحمد وأخرجه الدارقطني والطبرانى والحاكم ، ورواه الطبرانى والحاكم من حديث عائشة بمعناه ، وروى البخارى فى صحيحه عن ابن عباس مرفوعا « أبغض الناس إلى الله ثلاثة : ملحد فى الحرم ، ومتبع فى الاسلام سنة جاهلية ، ومطلب دم بغير حق ليهريق دمه » وأخرجه أحمد أيضا عن عبد الله بن عمر . وكذلك ابن حبان فى صحيحه بلفظ « أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : إن أعدى الناس على الله عز وجل من قتل فى الحرم ، أو قتل غير قاتله ، أو قتل بذحول الجاهلية »

وأخرج عمر بن أبى شبة عن عطاء بن يزيد قال « قتل رجل بالمزدلفة — يعنى فى غزوة الفتح — فذكر القصة وفيها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : وما أعلم أحداً أعتى على الله من ثلاثة : رجل قتل فى الحرم ، أو قتل غير قاتله ، أو قتل بذحل الجاهلية »

وأبو شريح الخزاعى اسمه خويلد بن عمرو ، وقيل عمرو بن خويلد ، وقيل كعب بن عمرو ، وقيل هانىء بن عمرو وأصحها خويلد بن عمرو ، أسلم قبل فتح مكة وكان يحمل أحد ألوية بنى كعب بن خزاعة يوم الفتح ، وكانت وفاته بالمدينة سنة ثمان وستين يعد فى أهل الحجاز . روى عنه عطاء بن يزيد الليثى وأبو سعيد المقبرى وسفيان بن أبى العوجاء .

وقال مصعب : سمعت الواقدى يقول : كان أبو شريح الخزاعى من عقلاء أهل المدينة فكان يقول : اذا رأيتمونى أبلغ من أنكحته أو نكحتُ اليه الى السلطان فاعلموا إنى مجنون فاكوونى ، وإذا رأيتمونى أمنع جارى أن يضع خشبته فى حائطى فاعلموا أنى مجنون فاكوونى ، ومن وجد لأبى شريح سمناً أو لبناً أو جداية فهو له حل فليأكله ويشربه . اتفق له الشيخان على حديثين .

وروى له الترمذى ثلاثة أحاديث وأبو داود ثلاثة أحاديث وابن ماجه حديثان

وقوله « ان أعتى » وفى رواية : إن أعدى الناس وهما تفضيل ، أى الزائد فى التعدى أو العتو على غيره ، والعتو التكبر والتجبر

وقد أخرج البيهقى عن جعفر بن محمد عن أبيه عن جده أنه قال : وجد فى قائم سيف رسول الله صلى الله عليه وسلم كتاب : إن أعدى الناس على الله . الحديث قال تعالى « وعتوا عتواً كبيراً » أى تجبروا وعصوا

أما حديث « ليقتل القاتل ويصبر الصابر » فقد رواه ابن المبارك عن معمر عن سفيان عن اسماعيل يرفعه قال « اقتلوا القاتل واصبروا الصابر » ورواه الدارقطنى عن ابن عمر عن النبى صلى الله عليه وسلم قال « إذا أمسك الرجل الرجل وقتله الآخر ، يقتل الذى قتل ويحبس الذى أمسك » ورواه الشافعى من فعل على رضى الله عنه « أنه قضى فى رجل قتل رجلا متعمداً وأمسكه آخر ؛ قال يقتل القاتل ويحبس الآخر فى السجن حتى يموت » وأخرجه الدارقطنى من طريق الثورى عن اسماعيل بن أمية عن نافع عن ابن عمر ، ورواه معمر وغيره عن اسماعيل . قال الدارقطنى والإرسال أكثر . وأخرجه أيضا البيهقى ورجح المرسل وقال إنه موصول غير محفوظ

وقال فى بلوغ المرام ورجاله ثقات وصححه ابن القطان

وقد روى أيضا عن اسماعيل عن سعيد بن المسيب مرفوعا ، والصواب عن اسماعيل قال « قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم » الحديث

وقوله « ويصبر الصابر » معناه يحبس الحابس . وفى أسماء الله تعالى الصبور وهو الذى لا يعاجل العصاة بالانتقام وهو من أبنية المبالغة ، ومعناه قريب من معنى الحليم ، والفرق بينهما أن المذنب لا يأمن العقوبة فى صفة الصبور كما يأمنها فى صفة الحليم وصبره عن الشىء حبسه . قال الحطيئة :

قلت لها أصبرها جاهدا ويحك أمثال طريف قليل

والصبر نصب نفس الانسان للقتل ، وقد مضى فى كتاب الايمان معنى اليمين الصبر ومعان فى كلمة الصبر ، ومنه صبر النفس أى حبسها عند الجزع . قال تعالى

(واصبر نفسك مع الذين يدعون ربهم) وقوله « أرض مسبعة » بالاضافة وفتح الميم أى ذات سباع ، والزبية حفرة تحفر لينشب فيها السبع وجمعها زبا . قال ابن بطال فيها لغتان الضم والكسر ، ونهسته بالسين المهملة ، أى أخذته بمقدم أسنانها ، ونهس الحية عضها . قال الراجز :

وذات قرنين طحون الضرس تنهس لو تمكنت من نهس

ويقال نهشته بالشين . قال الزمخشرى فى الأساس : الفرق أن النهس بأطراف الأسنان والنهش بالأضراس .

أما الأحكام فإنه إذا حبس حراً وأطعمه وسقاه فمات وهو فى الحبس فلا قود عليه ولا دية ، سواء مات حتف أنفه أو بسبب كلدغ الحية وسقوط الحائط وما أشبهه . وقال أبو حنيفة ان كان صغيراً فمات حتف أنفه فلا شىء عليه ، وان مات بسبب كلدغ الحية وسقوط الحائط فعليه الديه . دليلنا أنه حر فلا يضمنه باليد كما لو مات حتف أنفه ، وأما إذا حبسه ومنعه الطعام والشراب أو أحدهما حتى مات نظرت — فإن حبسه عن ذلك مدة يموت مثله فى مثلها غالباً — وجب عليه القود لأنه قتله بما يقتل غالبا ، فهو كما لو قتله بالسيف ، وإن كان مدة لا يموت مثله فى مثلها بمنع الطعام والشراب فلا قود عليه ولا دية لأنا نعلم أنه مات بسبب آخر ، ويعتبر حال المحبوس ؛ فإن حبسه وهو جائع فإنه لا يصبر عن الطعام إلا المدة القليلة ، وإن كان شبعان فإنه يصبر أكثر من مدة صبر الجائع ويعتبر الطعام على انفراده والشراب على انفراده لأن الانسان يصبر عن الطعام أكثر مما يصبر عن الشراب .

وإن أمكنه الخروج إلى الطعام والشراب فلم يخرج حتى مات قال الطبرى فلا قود . أما إذا أمسك رجل رجلا فجاء آخر فقتله وجب القود على القاتل دون الممسك إلا أن الممسك إن كان أمسكه مداعبة أو ليضربه فلا إثم عليه ولا تعزير وإن أمسكه ليقتله الآخر أثم بذلك وعزر . هـــذا مذهبنا وبه قال أبو حنيفة وأصحابه . وقال ربيعة يقتل القاتل ويحبس الممسك حتى يموت . وقال مالك إن حبسه ليضربه الآخر أو أمسكه ليضربه أو أمسكه مداعبة فجاء الآخر فقتله فلا قود عليه ولا دية ، وان أمسكه ليقتله الآخر فعليه القود ، ومذهب أحمد أنه

لا خلاف فى أن القاتل يقتل ، لأنه قتل من يكافئه عمداً بغير حق . وأما الممسك فإن لم يعلم أن القاتل يقتله فلا شىء عليه لأنه متسبب والقاتل مباشر فسقط حكم المتسبب به ، وان أمسكه له ليقتله مثل أن ضبطه له حتى ذبحه له ، فاختلفت الرواية عن أحمد ، فروى عنه أنه يحبس حتى يموت ، وهو قول عطاء وربيعة ، وروى ذلك عن على ، وروى عن أحمد أنه يقتل أيضا ، وهو قول مالك .

قال سليمان بن موسى الاجتماع فينا أنه يقتل لأنه لو لم يمسكه ماقدر على قتله وبإمساكه تمكن من قتله ، فالقتل حاصل بفعلهما فكانا شريكين فوجب عليهما القصاص كما لو جرحاه .

دليلنا حديث ابن عمر أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « اذا أمسك الرجل وقتله الاخر يقتل الذى قتل ويحبس الذى أمسك » ولأنه حبسه حتى الموت فيحبس حتى الموت ، كما لو حبسه عن الطعام والشراب حتى مات فإننا نفعل به ذلك حتى يموت .

وقوله تعالى (فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم) فلو أوجبنا على الممسك القود كنا قد اعتدينا عليه بأكثر مما اعتدى ، وهذا يدخل تحت طائلة وعيده صلى الله عليه وسلم حيث يقول « ان من أعتى الناس على الله من قتل غير قاتله ، أو طالب بدم الجاهلية فى الاسلام ، أو بصر عينه فى النوم ما لم تبصره » فلو قتل الولى الممسك لكان قتل غير قاتله ، وقد أراد النبى (ص) بصبر الصابر التعزير بالحبس ، لأنه سبب غير ملجىء اجتمع مع المباشرة فتعلق الضمان بالمباشرة دون السبب ، كما لو حفر بئراً أو نصب سكينا فدفع آخر عليها رجلا فمات ، ولأنه لو كان بالامساك شريكا لكان اذا أمسك الرجل إمرأة وزنى بها آخر أنه يجب عليهما الحد ، فلما لم يجب الحد على الممسك لم يجب القود على الممسك .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

﴿ فصل ﴾ وان سقاه سماً مكرها فمات وجب عليه القود لأنه سبب يقتل

غالباً فهو كما لو جرحه جرحا يقتل غالبا ، وان خلطه بطعام وتركه فى بيته فدخل رجل فأكله ومات لم يجب عليه القود كما لو حفر بئراً فى داره فدخل رجل بغير اذنه فوقع فيها ومات ، وان قدمه اليه أو خلطه بطعام الرجل فأكله فمات ففيه قولان (أحدهما) لا يجب عليه القود لأنه أكله باختياره فصار كما لو قتل نفسه بسكين (والثانى) يجب لما روى أبو هريرة رضى الله عنه قال « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقبل الهدية ولا يقبل الصدقة ، فأهدت اليه يهودية بخيبر شاة مصلية فأكل منها رسول الله صلى الله عليه وسلم وأصحابه ، ثم قال ارفعوا أيديكم فانها قد أخبرتنى أنها مسمومة ، فأرسل الى اليهودية فقال ماحملك على ما صنعت قالت قلت : ان تكن نبيا لم يضرك الذى صنعت ، وان كنت ملكا أرحت الناس منك ، فأكل منها بشر بن البراء بن معرور فمات ، فأرسل اليها فقتلها ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ما زلت أجد من الأكلة التى أكلت بخيبر ، فهذا أوان انقطاع أبهرى » ولأنه سبب يفضى الى القتل غالبا فصار كالقتل بالسلاح وإن سقاه سما وادعى أنه لم يعلم أنه قاتل ففيه قولان (أحدهما) أنه يجب عليه القود لأن السم يقتل غالبا (والثانى) لا يجب لأنه يجوز أن يخفى عليه أنه قاتل وذلك شبهة فسقط بها القود

﴿ فصل ﴾ وان قتله بسحر يقتل غالبا وجب عليه القود لأنه قتله بما يقتل غالبا فأشبه اذا قتله بسكين ، وان كان مما يقتل ولا يقتل لم يجب القود لأنه عمد خطأ فهو كما لو ضربه بعصا فمات .

(الشرح) حديث أبى هريرة أخرجه أبو داود حدثنا وهب بن بقية حدثنا خالد عن محمد بن عمرو عن أبى سلمة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أهدت له يهودية بخيبر . الحديث هكذا جاء مرسلا . ورواه حماد بن سلمة عن محمد بن عمرو عن أبى سلمة عن أبى هريرة متصلا .

وذكر عبد الرزاق عن معمر عن الزهرى أن زينب بنت الحرث اليهودية امرأة سلام بن مشكم أهدت للنبى (ص) شاة مشوية قد سمتها وسألت أى اللحم أحب اليه ؟ فقالوا الذراع ، فأكثرت من السم فى الذراع ، فلما انتهش من ذراعها

أخبره الذراع بأنه مسموم فلفظ الأكلة ، ثم قال : اجمعوا لى من ههنا من اليهود فجمعوا له فقال لهم: إنى سائلكم عن شىء فهل أنتم صادقىّ فيه ؟ قالوا نعم يا أبا القاسم فقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم : من أبوكم ؟ قالوا أبونا فلان ، قال كذبتم أبوكم فلان ، قالوا صدقت وبررت . قال هل أنتم صادقى عن شىء إن سألتكم عنه قالوا نعم يا أبا القاسم وإن كذبناك عرفت كذبنا كما عرفته فى أبينا ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من أهل النار ؟ فقالوا نكون فيها يسيراً ثم تخلفوننا فيها فقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم : اخسئوا فيها فوالله لا نخلفكم فيها أبداً ثم قال : هل أنتم صادقى عن شىء إن سألتكم عنه ؟ قالوا نعم ؛ قال أجعلتم فى هذه الشاة سما ؟ قالوا نعم ، قال فما حملكم على ذلك ؟ قالوا أردنا إن كنت كاذبا نستريح منك ، وإن كنت نبيا لم يضرك ، وجىء بالمرأة الى رسول الله (ص) فقالت : أردت قتلك ، فقال ما كان الله ليسلطك علىّ . قالوا ألا نقتلها ؟ قال لا ، ولم يتعرض لها ولم يعاقبها ، واحتجم على الكاهل ، وأمر من أكل منها فاحتجم ، فمات بعضهم .

واختلف فى قتل المرأة ، فقال الزهرى أسلمت فتركها ، ثم قال معمر: والناس تقول قتلها النبى صلى الله عليه وسلم ، إلا رواية حماد بن سلمة عن محمد بن عمرو عن أبى سلمة عن أبى هريرة أنه قتلها لما مات بشر بن البراء ، ويمكن التوفيق بين الروايتين بأنه صلى الله عليه وسلم لم يقتلها أولا فلما مات بشر بن البراء قتلها .

وقد اختلفت الروايات فى هل أكل النبى صلى الله عليه وسلم منها أم لا ؟ فأكثر الروايات أنه صلى الله عليه وسلم أكل منها وبقى بعد ذلك ثلاث سنين ، حتى قال فى وجعه الذى مات فيه ما زلت أجد من الأكلة التى أكلت من الشاة يوم خيبر ، فهذا أوان انقطاع الأبهر منى . قال الزهرى : فتوفى رسول الله صلى الله عليه وسلم شهيداً .

أما اللغات فالمصلية هى المشوية ، والصلا والصلاء ، بفتح الصاد مقصوراً وكسرها ممدوداً ، ومنه قوله تعالى « سيصلى ناراً ذات لهب » وقوله « جهنم يصلونها فبئس القرار » .

وقوله « ما زالت أجد من الأكلة » أى أشتكى ، والأكلة بضم الهمزة هى اللقمة

والأبهر عرق إذا انقطع مات صاحبه ؛ وهو أبهران يخرجان من القلب ثم تتشعب منهما سائر الشرايين. هكذا يقول ابن بطال ، وبالرجوع إلى علم التشريح نجد أن القلب يمتد من أحد جانبيه من أعلاه شريان رئوى يدفع الدم الى الرئتين لإحداث عملية تبادل الغازات وهو يمتد من البطين الايمن إلى الرئتين ، والعرق الآخر وهو يسمى الاورطى ، ويمتد من البطين الأيسر إلى أجزاء الجسم ويمتد منهما الشرايين والاوردة التى هى مجار للدم .

أما الاحكام فإن كتف رجلا أو قيده فأكله السبع ففيه ثلاث مسائل ذكرها الشيخ أبو حامد . إحداهن إذا قيده وكتفه وطرحه فى أرض مسبعة فجاء السبع فأكله فإنه لا قود على الطارح له ولا دية ، لأن السبع أكله باختياره ، ولأن له اختياراً ، كما لو مسكه فقتله آخر

(الثانية) إذا قيده فى صحراء ثم رمى بالسبع عليه أو رمى به على السبع فأكله فلا قود عليه ولا دية ، لأن من طبع السبع إذا رمى به على انسان أو رمى انسان عليه أن ينفر عنه ، فإذا لم ينفر عنه كان أكله له باختياره

(الثالثة) اذا كان السبع فى مضيق أو بيت أو بئر أو زبية فرمى بالإنسان عليه ، أو كان الانسان فى المضيق أو فى البيت أو فى البئر أو فى الزبية فرمى بالسبع عليه فضربه السبع فمات — فإن ضربه السبع ضربا يقتل مثله فى الغالب — وجب على الرامى القود لأنه قد اضطر السبع الى قتله ، وان ضربه ضربا لا يقتل مثله فى الغالب فمات لم يجب على الرامى القود لأن الغالب منه السلامة ، ويجب عليه الدية فى ماله . وكذلك حكم النمر وما فى معناه . وان أمسك السبع أو النمر وأفرسه اياه فأكله فعليه القود ، لأنه قد اضطره الى ذلك

(مسألة) اذا قيد رجلا وطرحه فى أرض ذات حيات فنهشته حية منها فمات فلا قود عليه ولا دية ، سواء كان فى موضع واسع أو ضيق ، وكذلك اذا رمى به على الحية أو رمى بالحية عليه . لأن الحيات والعقارب من طبعها النفور من الإنسان . وان أخذ الحية أو العقرب بيده وأنهشها انسانا . قال الشافعى رحمه الله ضغطها أو لم يضغطها فنهشته ومات — فإن كان من

الحيات التي تقتل في الغالب كحيات الكوبرا أو الحيات السامة ذات الرأس المدببة وجب عليه القود، لأنه توصل إلى قتله بما يقتل غالبا، فهو كما لو قتله بالسيف. وإن كان بما لا يقتل غالبا كثعابين مكة والحجاز وأفاعي مصر التي تبتلع الدواجن أو التي تعيش تحت قضبان السكك الحديدية وتعيش على ابتلاع العظاء[1] والضفدع ففيه قولان :

(أحدهما) لا يجب عليه القود لأنه لا يقتل غالبا ، ويجب عليه دية مغلظة لأنه شبه عمد .

(والثاني) يجب عليه القود لأن جنسها يقتل غالبا فهو بمنزلة الجراح

(فائدة) الحيات منها السام وتعرف بدقة رأسها وغلظ عنقها وغير السام وتعرف بدقة عنقها وفرطحة رأسها أشبه بالابهام ، ونصف السام وهي ما يكون شكلها وسطا بين السام وغير السام ، وبعض من يدعي التصوف يأكلون الثعابين وهي من النوع غير السام لادعاء الكرامة ، وهي لعمر الله مخرقة وإلحاد لأنهم يجعلون من أكل الخبائث المحرمة مظهراً من مظاهر الرضوان والاكرام

(مسألة) إذا سقى رجلا سماً فات المسقى فلا يخلو إما أن يكرهه أو لا يكرهه فإن أكرهه على شربه بأن صبه في حلقه مكرها له على ذلك نظرت — فإن أقر الساقي أنه سم يقتل مثله غالبا — وجب عليه القود ، لأن قتله بما يقتل غالبا ، فهو كما لو قتله بالسيف . وان ادعى ولي المقتول أنه يقتل غالبا وأنكر الساقي أنه يقتل غالبا — فإن أقام ولي المقتول بينة أنه يقتل غالبا — وجب القود على الساقي لأنه ثبت أنه يقتل غالبا

وان أقام ولي المقتول بينة أنه يقتل نحيف الخلق ولا يقتل قوي الخلق لم يجب عليه القود وإنما يجب عليه دية مغلظة ، وان لم تكن هناك بينة فالقول قول الساقي مع يمينه أنه لم يكن يقتل غالبا ، لأن الاصل عدم القود ، فإذا حلف لم يجب عليه القود وعليه دية مغلظة .

---

(١) وهي ما يسمى بالسحالي عند العامة

وإن قامت البينة أنه كان يقتل غالبا أو اعترف الساقى بذلك إلا أنه ادعى أنه لم يعلم أنه يقتل غالبا وقت السقى ؛ فهل يجب عليه القود ؟ فيه قولان

(أحدهما) لا يجب عليه القود لأن ما ادعاه محتمل ، وذلك شبهة توجب سقوط القود عنه .

(والثانى) يجب عليه لأنه قتله بما يقتل غالبا فلا يصدق فى دعواه كما لو جرحه وان خلط السم بطعام أو شراب وأكرهه فأوقره فى حلقه فمات، فإن كان الطعام أو الشراب قد كسر حدة السم تلقائيا ، فإن لم يكرهه على ذلك وإنما ناوله اياه فشربه ، نظرت فإن كان الشارب صبيا لا يميز أو كبيراً مجنونا أو أعجميا يعتقد وجوب طاعة الامر ، فعلى الرافع اليه الضمان ، لأنه كالآلة حيث اعتقد طاعته فيه ، وان كان عاقلا مميزاً فلا ضمان على الرافع لأنه قتل نفسه باختياره وتفريطه وان خلطه به ولم يكسر الطعام حدة السم فأكله انسان ومات نظرت — فإن كان الطعام الذى خلط فيه السم وقدمه إلى انسان وقال كله فأكله ، فهل يجب عليه القود؟ فيه قولان :

(أحدهما) يجب عليه القود لما روى أبو هريرة « أن يهودية بخيبر أهدت للنبى صلى الله عليه وسلم شاة مصلية فأكل منها رسول الله (ص) وأصحابه رضى الله عنهم ، ثم قال النبى صلى الله عليه وسلم : ارفعوا أيديكم فإن هذه الذراع تخبرنى أن بها سما ، فأرسل الى اليهودية وقال : ما حملك على ما صنعت ؟ فقالت : قلت ان كنت نبيا لم يضرك الذى صنعت ، وان كنت ملكا أرحتُ الناس منك ، فأكل منها بشر بن البراء بن معرور فمات ، فأرسل النبى صلى الله عليه وسلم الى اليهودية فقتلها ، فقال صلى الله عليه وسلم مازالت أكلة خيبر تعاودنى ، فهذا أوان قطعت أبهرى » ولأن العادة جرت أن من قدم اليه طعام فانه يأكل منه ، فصار كأنه ألجأه الى أكله فوجب عليه القود ، كما لو أكرهه عليه

(والثانى) لا يجب عليه القود لأنه أكله باختياره ، فصار كما لو قتل نفسه بسكين ، فاذا قلنا بهذا فهل تجب عليه الدية ؟ اختلف أصحابنا فيه ، فقال القاضى أبو الطيب فيه قولان ، أحدهما لا يجب عليه الدية لأنه هو الجانى على نفسه .

والثانى تجب عليه الدية لأن التلف حصل بسبب منه فصار كما لو حفر بئراً فى

طريق الناس فهلك به انسان . وقال الشيخ أبو حامد : تجب عليه الدية قولا واحداً لما ذكرناه ولا يعرف ههنا قولان ، وإن خلط السم بطعامه وقدمه إلى رجل وقال فيه سم يقتل غالباً فأكله فمات فلا قود عليه ولا دية لأنه قتل نفسه. وإن خلط السم بطعام وقدمه إلى صبي لا يميز أو إلى بالغ مجنون أو إلى أعجمي لا يعقل ولا يميز وقال : كله فإن فيه سما قاتلا فأكله فمات وجب عليه القود لأنه بمنزلة ما لو قتله بيده .

وإن خلط سما بطعام له فى بيته فدخل بيته رجل وأكل الطعام ومات لم يجب عليه قود ولا دية . لأن الآكل فرط وتعدى بأكل طعام غيره بغير إذنه . وان خلط السم بطعام لغيره فجاء صاحب الطعام فأكل طعامه ولم يعلم بالسم ومات ، وجب على الذى خلط السم قيمة الطعام لأنه أفسده ، وهل يجب عليه القود فى الذى أكله ؟ اختلف أصحابنا فيه ، فنهم من قال فيه قولان ، كما لو خلطه بطعام نفسه وقدمه الى من أكله ، لأن الإنسان يأكل الطعام بحكم العادة والحاجة ، فصار كما لو خلطه بطعام ودعاه إلى أكله . ومنهم من قال لا يجب عليه قولا واحداً لأنه لم يوجد منه أكثر من افساد الطعام .

(فرع) إذا سحر رجل رجلا فمات المسحور سئل الساحر عن سحره ، فإن قال سحرى يقتل غالبا وقد قتلت به وجب عليه القود . وقال أبو حنيفة لا يجب عليه القود . دليلنا أنه قتل بما يقتل به غالبا . قال العمرانى هو كما لو قتله بالسيف وان قال سحرى لا يقتل وجب عليه دية مخففة لأنه أخطأ . وان قال قد يقتل وقد لا يقتل والغالب منه السلامة ، وجبت عليه دية مغلظة فى ماله .

وان قال الساحر قتلت بسحرى جماعة ولم يعين من قتل لم يقتل . وقال أبو حنيفة يقتل حداً ، لأنه سعى فى الأرض بالفساد هو اظهار السلاح واخافة الطريق . وأما القتل فليس منه وللحرابة حكمها على ما سيأتى ان شاء الله وأعان .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان أكره رجل على قتل رجل بغير حق فقتله ، وجب القود على المكره ، لأنه تسبب الى قتله بمعنى يفضى الى القتل غالبا ، فأشبه اذا رماه

بسهم فقتله . وأما المكره ففيه قولان (أحدهما) لا يجب عليه القود ، لأنه قتله للدفع عن نفسه فلم يجب عليه القود كما لو قصده رجل ليقتله فقتله للدفع عن نفسه (والثاني) أنه يجب عليه القود وهو الصحيح ، لأنه قتله ظلما لاستبقاء نفسه ، فأشبه اذا اضطر الى الأكل فقتله ليأكله .

وان أمر الإمام بقتل رجل بغير حق — فإن كان المأمور لا يعلم أن قتله بغير حق — وجب ضمان القتل من الكفارة والقصاص والدية على الامام ، لأن المأمور معذور فى قتله ، لأن الظاهر أن الامام لا يأمر الا بالحق ، وان كان يعلم أنه يقتله بغير حق وجب ضمان القتل من الكفارة والقصاص أو الدية على المأمور لأنه لا يجوز طاعته فيما لا يحل . والدليل عليه ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا طاعة لمخلوق فى معصية الخالق »

وقد روى الشافعى رحمه الله أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « من أمركم من الولاة بغير طاعة الله فلا تطيعوه » فصار كما لو قتله من غير أمره ، وان أمره بعض الرعية بالقتل فقتل وجب على المأمور القود ، علم أنه يقتله بغير حق أو لم يعلم ، لأنه لا تلزمه طاعته ، فليس الظاهر أنه يأمره بحق فلم يكن له عـــذر فى قتله ، فوجب عليه القود .

وان أمر بالقتل صبيا لا يميز أو أعجميا لا يعلم أن طاعته لا تجوز فى القتل بغير حق فقتل وجب القصاص على الآمر ، لأن المأمور ههنا كالآلة للآمر ، ولو أمره بسرقة مال فسرقه لم يجب الحد على الآمر ، لأن الحد لا يجب الا بالمباشرة ، والقصاص يجب بالتسبب والمباشره

﴿ فصل ﴾ وان شهد شاهدان على رجل بما يوجب القتل فقتل بشهادتهما بغير حق ، ثم رجعا عن شهادتهما ، وجب القود على الشهود ، لما روى القاسم بن عبد الرحمن « أن رجلين شهدا عند على كرم الله وجهه على رجل أنه سرق فقطعه ثم رجعا عن شهادتهما ، فقال لو أعلم أنكما تعمدتما لقطعت أيديكما » وأغرمهما دية يده ، ولأنهما توصلا الى قتله بسبب يقتل غالبا فوجب عليهما القود ، كما لو جرحاه فمات .

(الشرح) الحديث الأول أخرجه أحمد « عن عبد الله بن الصامت قال : أراد زياد أن يبعث عمران بن حصين على خراسان فأبى عليه فقال له أصحابه : أتركت خراسان أن تكون عليها ؟ قال فقال إنى والله مايسرنى أن أصلى بحرّها ويصلون بردها ؛ إنى أخاف إذا كنت فى نحر العدو أن يأتينى بكتاب من زياد فإن أنا مضيت هلكت ، وإن رجعت ضربت عنقى ، قال فأراد الحكم بن عمرو الغفارى عليها ، قال فانقاد لأمره ، قال فقال عمران : ألا أحد يدعو لى الحكم ؟ قال فانطلق الرسول ، قال فأقبل الحكم اليه فدخل عليه فقال عمران للحكم ، أسمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لاطاعة لأحد فى معصية الله تبارك وتعالى ؟ قال نعم ، فقال عمران الحمد لله أو الله أكبر »

وفى رواية عن الحسن أن زياداً استعمل الحكم الغفارى على جيش ، فأتاه عمران بن حصين فلقيه بين الناس ، فقال أتدرى لم جئتك ؟ فقال له لم ؟ فقال أتذكر قول رسول الله صلى الله عليه وسلم للرجل الذى قال له أميره ارم نفسك فى النار فأدرك فاحتبس ، فأخبر بذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لو وقع فيها لدخلا النار جميعا ، لاطاعة فى معصية الله تبارك وتعالى ، قال نعم ، قال انما أردت أن أذكرك هذا الحديث . رواه أحمد بألفاظ ، والطبرانى باختصار وفى بعض طرقه «لاطاعة لمخلوق فى معصية الخالق» قال الهيثمى ، ورجال أحمد رجال الصحيح ، وأخرجه الحاكم فى المستدرك عن عمران والحكم الغفارى أيضا . قال السيوطى وإسناده حسن .

وأخرجه أحمد وأبو يعلى عن أنس « أن معاذ بن جبل قال يا رسول الله أرأيت إن كان علينا أمراء لا يستنون بسنتك ولا يأخذون بأمرك ، فما تأمرنا فى أمرهم ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا طاعة لمن لم يطع الله عز وجل » وفيه عمرو بن زينب ولا يعرف وبقية رجاله رجال الصحيح .

وأخرج أحمد والبخارى ومسلم من حديث على رضى الله عنه قال « بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم سرية واستعمل عليهم رجلا من الأنصار وأمرهم أن يسمعوا له ويطيعوا فعصوه فى شىء فقال اجمعوا لى حطبا ، فجمعوا ، ثم قال أوقدوا ناراً فأوقدوا ، ثم قال ألم يأمركم رسول الله أن تسمعوا وتطيعوا؟ قالوا بلى

قال فادخلوها ، فنظر بعضهم الى بعض وقالوا إنما فررنا الى رسول الله (ص) من النار ، فكانوا كذلك حتى سكن غضبه وطفئت النار ، فلما رجعوا ذكروا ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال « لو دخلوها لم يخرجوا منها أبداً » وقال « لا طاعة فى معصية الله ، إنما الطاعة فى المعروف »

وفى حديث معاذ بن جبل عند أحمد « لا طاعة لمن لم يطع الله » وفى حديث عبادة بن الصامت عند أحمد والطبرانى « لا طاعة لمن عصى الله » ولفظ البخارى « فإذا أمر بمعصية فلا سمع ولا طاعة » وخبر القاسم بن عبد الرحمن مضى فى الايمان .

أما الأحكام فإذا أمر الامام رجلا أن يقتل رجلا بغير حق فقتله فلا يخلو إما أن يكرهه على قتله أو لا يكرهه ، فان لم يكرهه بل قال له اقتله ، فان كان المأمور يعلم أنه أمر بقتله بغير حق لم يحل له قتله ، لقوله صلى الله عليه وسلم « لا طاعة لمخلوق فى معصية الخالق » وقال صلى الله عليه وسلم « من أمركم من الولاة بغير طاعة الله فلا تطيعوه » فان خالف وقتله المأمور بذلك وجب عليه القود والكفارة لأنه قتله بغير حق ، ولا يلحق الامام الإثم لقوله صلى الله عليه وسلم « من أعان على قتل امرىء مسلم ولو بشطر كلمة جاء يوم القيامة مكتوبا بين عينيه آيس من رحمة الله تعالى »

هذا نقل البغداديين ، وقال الخراسانيون هل يكون بمجرد الامر من الامام أو السلطان إكراها ؟ فيه وجهان .

وأما اذا كان المأمور لا يعلم أنه أمر بقتله بغير حق وجب على الامام القود والكفارة ، لأن الامام لا يباشر القتل بنفسه ، وانما يأمر به غيره ، فاذا أمر غيره وقتله بغير حق تعلق الحكم بالإمام كما لو قتله بيده . وأما المأمور فلا يجب عليه اثم ولا قود ولا كفارة لان اتباع أمر الامام واجب عليه ، لأن الظاهر أنه لا يأمر الا بحق .

قال الشافعى رضى الله عنه وأرضاه وأحب له لو كفّر ، وأما اذا أمره أو أكرهه الامام على القتل وعلم المأمور أنه يقتل بغير حق فلا يجوز للمأمور القتل لما ذكرناه اذ لم يكره ، فان قتل فانه يأثم بذلك ويفسق ، ويجب على الامام القود

والكفارة فى ماله ، وأما المكره المأمور فهل يجب عليـــه القود ؟ فيه قولان (أحدهما) لا يجب عليه القود ، وهو قول أبى حنيفة لقوله صلى الله عليه وسلم « رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » ولأنه قتله لاستبقاء نفسه فلم يجب عليه القود كما لو قصد رجل نفسه فلم يمكنه دفعه إلا بقتله (والثانى) يجب عليه القود ، وبه قال مالك وأحمد رضى الله عنهما وهو الأصح لقوله صلى الله عليه وسلم « فمن قتل بعمده قتيلا فأهله بين خيرتين إن أحبوا قتلوا وإن أحبوا أخذوا الدية » وهذا قاتل ، ولأنه قصد قتل من يكافئه لاستبقاء نفسه فوجب عليه القود كما لو جاع وقتله ليأكله ، ولأنه لو كان رجلا فى مضيق أو بيت فدخل عليهما أسد أو سبع فدفع أحدهما صاحبه اليه خوفا على نفسه فأكله السبع أو الأسد لوجب القصاص على الدافع ، وكذلك لو كان جماعة فى البحر فخافوا الغرق فدفعوا واحداً منهم فى البحر لتخف السفينة وغرق ومات وجب عليهم القود ، وإن كان ذلك لاستبقاء أنفسهم . وكذلك هذا مثله .

فإذا قلنا يجب على المأمور القود كان الولى بالخيار بين أن يقتل المكره والمكرَه وبين أن يعفو عنهما ويأخذ منهما الدية . وإن قلنا لا يجب على المأمور المكره القود فعليه نصف الدية لأنه قد باشر القتل ، ويجب على كل واحد منهما كفارة على القولين معاً .

هذا نقل أصحابنا البغداديين . وقال الخراسانيون اذا قلنا لا يجب على المأمور القود فهل يجب عليه نصف الدية ؟ فيه وجهان . فإن قلنا عليه نصف الدية كان عليه الكفارة وإن قلنا لا تجب عليه وعليه نصف الدية فهل تجب عليه الكفارة فيه وجهان .

إذا ثبت هذا فإنه لا فرق بين الامام وبين النائب عنه فى ذلك ، لأن طاعته تجب كما يجب طاعة الامام ، وكذلك إذا تغلب رجل على بلد أو اقليم بتأويل . وادعى أنه الامام كالإمام الذى نصبه الخوارج ، فحكمه حكم الامام فى ذلك ، لأن الشافعى رضى الله عنه لا يرد من أفعاله الا ما يرد من أفعال امام العدل وكذلك قاضيهم ، فإذا تغلب رجل على بلد بغير تأويل بل باللصوص وأمر رجلا بقتل رجل بغير حق ، أو أمره رجل من الرعية بقتل رجل بغير حق فان لم يكرهه

الآمر على القتل فقتله وجب على المأمور القاتل القود والكفارة سواء علم أنه أمره بقتله بحق أو بغير حق ، لأنه لا يجب عليه طاعته بخلاف الامام ، ولا يلحق الآخر الا الاثم للمشاركة بالقول . وأما القود والكفارة والدية فلا تجب عليه ، لأنه لم يلجئه الى قتله . وأما إذا أكرهه على قتله وجب على الآمر القود والكفارة لأنه توصل الى قتله بالاكراه ، فهو كما لو قتله بيده ، وأما المأمور فان كان يمكنه أن يدفع الامر بنفسه أو بعشيرته أو بمن يستعين به فلا يجوز له أن يقتل ، وان قتله فعليه القود والكفارة ، وان لم يمكنه أن يدفع الامر بنفسه أو بعشيرته أو بمن يستعين به فلا يجوز له أن يقتل ، وان قتل فعليه القود والكفارة ، وان لم يمكنه أن يدفع الامر فقتل فهل يجب عليه القود ؟ فاختلف أصحابنا فيه ، فقال أكثرهم فيه قولان كما قلنا فى الذى أكرهه الامام . ومنهم من قال يجب عليه القود قولا واحدا ، لأن الذى أكرهه الامام له شبهة فى أمر الامام لجواز أن يكون الامام قد علم بأمر يوجب القتل على المقتول . وان لم يعلم به المأمور .

وطاعة الامام تجب بخلاف المتغلب باللصوصية وآحاد الرعية — فانه لايجوز له ذلك ، ولا يجب على المأمور طاعته

ومن أصحابنا الخراسانيين من قال لا يجب القود على من أكرهه الامام قولا واحدا ، ويجب القود على من أكرهه غير الامام قولا واحدا لما ذكرناه من الفرق بينهما ، والطريق الاول أصح

اذا ثبت هذا فان الشافعى رحمه الله قال فى الأم ، ولو أمر الامام رجلا بقتل رجل ظلما ففعل المأمور ذلك كان عليهما القود

واختلف أصحابنا فى تأويله فقال أبو اسحاق أراد اذا أكرهه وأجاب على أحد القولين . ومنهم من قال لم يرد بذلك إذا أكرهه لأنه ذكر الاكراه بعد ذلك ، وانما تأويله أن يقتل مسلما بكافر والامام والمأمور يعتقدان أنه لا يقتل به الا أن المأمور اعتقد أن الامام قد أداه اجتهاده الى ذلك فيجب عليهما القود أما الامام فلأنه ألجأه الى قتله بأمر لأن طاعته أمر واجب ، وأما المأمور فلأن القتل اذا كان محرما لم يجز له أن يفعله ، وان كان الامام يرى إباحته فيلزمهما القود

(فرع) واختلف أصحابنا فى كيفية الاكراه على القتل ، فقال ابن الصباغ لا يكون الاكراه عليه إلا بالقتل أو بجرح يخاف منه التلف ، فأما إذا أكرهه بضرب لا يموت منه أو بأخذ مال فلا يكون إكراها ، لأن ذلك لا يكون عذراً فى إتلاف النفس بحرمتها ، ولهذا يجب عليه الدفع عن نفسه فى أحد الوجهين ، ولا يجب عليه الدفع عن ماله ، بل يجب عليه بذله لاحياء نفس غيره

وقال الشيخ أبو حامد فى التعليق : إذا أكرهه بأخذ المال على القتل كان إكراها كما قلنا فى الاكراه على الطلاق

وقال الطبرى : اذا أكرهه على القتل بما لا تحتمله نفسه كان اكراها ، كما قلنا فى الطلاق .

(فرع) وان أمر خادمه الصغير الذى لا يميز ، أو كان أعجميا لا يميز ويعتقد طاعته فى كل ما يأمره به بقتل رجل بغير حق فقتله وجب القود والكفارة على الآمر ولا يجب على المأمور شىء ؛ لأن المأمور كالآلة فصار كما لو قتله بيده . وكذلك اذا كان المأمور يعتقد طاعة كل من أمره فالحكم فيه وفيما سبقه واحد . ولو أمر بسرقة نصاب لغيره من حرز مثله فسرقه لم يجب على الامر القطع ، لأن وجوب القصاص آكد من وجوب القطع فى السرقة ، ولهذا يجب القصاص فى السبب ولا يجب القطع فى السبب .

وان قال للصغير الذى لا يميز أو الأعجمى الذى يعتقد طاعته فى كل ما يأمره به اقتلنى فقتله ، كان دمه هدراً لأنه آلة له فهو كما لو قتل نفسه ، وتجب عليه الكفارة

وان أمر الصغير الذى لا يميز أو البالغ المجنون أن يذبح نفسه فذبحها أو يخرج مقتلا من نفسه فأخرجه فمات — فإن كان عبده — لم يجب عليه ضمانه لأنه ملكه ، ولكنه يأثم وتجب عليه الكفارة ، وان كان عبداً لغيره وجبت عليه قيمته والكفارة ويجب عليه القود .

وان قال للأعجمى الذى يعتقد طاعة كل من يأمره اذبح نفسك فذبحها لم يجب على الامر الضمان ، لأنه لا يجوز أن يخفى عليه بأن قتل نفسه لا يجوز ، وان جاز أن يخفى عليه أن قتل غيره يجوز . وان أمره أن يخرج مقتلا من نفسه فجرحه ومات فإن الشيخ أبا حامد ذكر أن حكمه حكم ما لو أمر بقتل نفسه . وذكر

ابن الصباغ فى الشامل أنه يجب على الامر الضمان لأنه يجوز أن يخفى عليه أنه يقتله بخلاف أمره له بقتله لنفسه

وان أكره رجلا على اتلاف مال لغيره فإن الضمان ينفرد على الامر ، وهل على المالك أن يطالب المأمور ؟ فيه وجهان حكاهما الطبرى (أحدهما) له أن يطالبه لأنه باشر الاتلاف ، فعلى هذا يرجع المأمور على الامر (والثانى) ليس للمالك مطالبة المأمور لأنه آلة للآمر

(مسئلة) قوله « وان شهد شاهدان الخ » فجملة ذلك أنه اذا شهد شاهدان على رجل بما يوجب القتل بغير حق فقتل بشهادتهما وعمد الشهادة عليه وعلما أنه يقتل بشهادتهما وجب عليهما القود ، لما روى أن رجلين شهدا عند على رضى الله عنه على رجل أنه سرق فقطعه ثم رجعا عن شهادتهما ، فقال لو أعلم أنكما تعمدتما الشهادة عليه لقطعت أيديكما ، وغرمهما الدية فى اليد ، ولأنهما توصلا الى قتله بسبب يقتل غالبا فهو كما لو جرحاه فمات

(فرع) لو قال لرجل اقطع يدى فقطع يده فلا قود على القاطع ولا دية ، لأنه أذن له فى اتلافها ، فهو كما لو أذن له فى اتلاف ماله فأتلفه ، وان قال له اقتلنى فقتله أو أذن له فى قطع يده فقطعها فسرى القطع الى نفسه فمات لم يجب عليه القود . وأما الدية فقال أكثر أصحابنا يبنى على القولين متى تجب دية المقتول فإن قلنا تجب فى آخر جزء من أجزاء حياته لم تجب ههنا . وان قلنا انها تجب بعد موته وجبت ديته لورثته .

قال ابن الصباغ . وعندى فى هذا نظر لأن هذا الاذن ليس بإسقاط لما يجب بالجناية ، ولو كان اسقاطا لها لما سقط ، كما لا يصح أن يقول له أسقطت عنك ما يجب لى بالجناية أو اتلاف المال ، وانما سقط لوجود الاذن فيه ، ولا فرق بين النفس فيه والاطراف ، وهذا يدل أن الدية تسقط عنده قولا واحدا ، وان قصده فمات — فان كان بغيره أمره — وجب عليه القود ، وان كان بأمره لم يجب عليه قود ولا دية قولا واحدا لأن القصد مباح بخلاف القتل . والله أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

﴿ باب القصاص فى الجروح والأعضاء ﴾

يجب القصاص فيما دون النفس من الجروح والأعضاء . والدليل عليه قوله تعالى (وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والاذن بالاذن والسن بالسن والجروح قصاص)

وروى أنس رضى الله عنه « أن الربيع بنت النضر بن أنس كسر ثنية جارية فعرضوا عليهم الارش فأبو ، وطلبوا العفو فأبوا ، فأتوا النبى صلى الله عليه وسلم فأمر بالقصاص . فجاء أخوها أنس بن النضر فقال : يا رسول الله أتكسر ثنية الربيع ؟ والذى بعثك بالحق لا تكسر ثنيتها ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم « كتاب الله القصاص » قال فعفا القوم ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : إن من عباد الله من لو أقسم على الله لأبر قسمه » ولأن ما دون النفس كالنفس فى الحاجة إلى حفظه بالقصاص فكان كالنفس فى وجوب القصاص

﴿ فصل ﴾ ومن لا يقاد بغيره فى النفس لا يقاد به فيما دون النفس ، ومن اقتيد بغيره فى النفس اقتيد به فيما دون النفس لأنه لما كان مادون النفس كالنفس فى وجوب القصاص كان كالنفس فيما ذكرناه

﴿ فصل ﴾ وإن اشترك جماعة فى إبانة عضو دفعة واحدة وجب عليهم القصاص ، لأنه أحد نوعى القصاص ، فجاز أن يجب على الجماعة بالجناية ما يجب على واحد كالقصاص فى النفس

وإن تفرقت جناياتهم بأن قطع واحد بعض العضو وأبانه الآخر لم يجب القصاص على واحد منهما ، لأن جناية كل واحد منهما فى بعض العضو ، فلا يجوز أن يقتص منه فى جميع العضو

(الشرح) حديث أنس رضى الله عنه أخرجه البخارى فى التفسير عن عبدالله ابن منير وفى الصلح وفى الديات عن الانصارى وعن محمد بن سلام وأخرجه مسلم فى الحدود عن أبى بكر وأخرجه أبو داود فى الديات عن مسدد وأخرجه النسائى

فى القود عن محمد بن المثنى وعن أحمد بن سليمان وعن حميد بن مسعدة واسماعيل ابن مسعود ؛ وأخرجه ابن ماجه فى الديات عن محمد بن المثنى وعن ابن أبى عدى والربيع مضى ضبطها فى الربيع بنت معوذ وهو بالتصغير وهى أم حارثة بنت سراقة المستشهد بين يدى رسول الله صلى الله عليه وسلم وهى صاحبة حديث : أخبرنى عن حارثة إن كان فى الجنة صبرت الخ الحديث

أما الاحكام فقد قال الشافعى رحمه الله : والقصاص فيما دون النفس شيآن . جرح يستوفى ، وطرف يقطع

وقال العمرانى ان القصاص يجب فيما دون النفس من الجروح والأعضاء ، لقوله تعالى (وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس — الى قوله تعالى — والجروح قصاص) اه . ولما روت الربيع أنها كسرت ثنية جارية من الأنصار فعرضوا عليهم الارش فلم يقبلوا ، فطلبوا العفو فأبوا ، فأتوا النبى صلى الله عليه وسلم فأمر بالقصاص ، فقال أنس بن النضر : والذى بعثك بالحق لا يكسر ثنيتها ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم كتاب الله القصاص فعفا القوم فقال صلى الله عليه وسلم : ان من عباد الله من لو أقسم على الله لأبره ، ولأن القصاص فى النفس انما جعل لحفظ النفس ، وهذا موجود فيما دون النفس

إذا ثبت هذا فكل شخصين جرى القصاص بينهما فى النفس جرى القصاص بينهما فيما دون النفس، فتقطع يد الحر المسلم بيد الحر المسلم ويد الكافر بيد الكافر ويد المرأة بيد المرأة ، وهذا إجماع

وتقطع يد المرأة بيد الرجل ، ويد الرجل بيد المرأة ، ويد العبد بيد الحر والعبد عندنا . وبه قال مالك وأحمد

وقال أبو حنيفة : اذا اختلف الشخصان فى الدية لم يجر القصاص بينهما فيما دونهما كالحرين المسلمين .

وان اشترك جماعة فى ابانة عضو أو جراحة يثبت بها القصاص ولم يتميز فعل بعضهم عن بعض ، مثل أن أجرى جماعة سيفا فى أيديهم على يد رجل أو رجله فقطعوها أو على رأسه فأوضحوه[1] قطعت يد كل واحد منهم وأوضح كل واحد منهم

(١) أوضحوه أى أوضحوا بياض العظم

وبه قال ربيعة ومالك وأحمد . وقال الثورى وأبو حنيفة : لا يقتص منهم بل ينتقل حق المجنى عليه إلى الدية . دليلنا ما روى أن رجلين شهدا عند على رضى الله عنه على رجل بالسرقة فقطع يده ثم أتيا برجل آخر وقالا : هذا الذى سرق وأخطأنا فى ذلك ، فلم يقبل شهادتهما على الثانى وغرمهما دية يد وقال : لو أعلم أنكما تعمدتما لقطعت أيديكما ، وروى لقطعتكما ، ولا مخالف له فى الصحابة ، ولأن كل جناية وجب بها القصاص على الواحد وجب بها على الجماعة كالنفس ، وإن قطع أحدهما بعض العضو وأبانه الثانى ، أو وضع أحدهما السكين على المفصل ووضع الآخر عليه السكين من الجانب الاخر ثم قطعاه وأباناه لم يجب على أحدهما قصاص فى إبانة العضو ، لأن جناية كل واحد منهما قطعة مميزة فى بعض العضو فلا يقتص منه فى جميعه .

(فرع) ويعتبر فى المجنى به على ما دون النفس ما يعتبر فى النفس ، فإن رماه بحجر كبير يوضحه مثله فى الغالب فأوضحه وجب عليه القود ، وإن لطمه وورم وانتفخ فصار موضحة فلا قود فيها وفيها الدية . وإن رماه بحجر صغير لا يوضح مثله فى الغالب فأوضحه لم يجب عليه القود ووجب عليه الدية كما قلنا فى النفس .

وحكى ابن الصباغ فى الشامل أن الشيخ أبا حامد قال اذا كان الحجر مما يوضح غالباً فإنه يجب القصاص فى الموضحة، فإذا مات لم يجب القصاص . قال ابن الصباغ وهذا فيه نظر لأن من أوضح غيره بحديدة فمات منها وجب عليه القود ، فاذا كانت هذه الالة توضح فى الغالب كانت كالحديد .

قال المصنف رحمه الله :

﴿ فصل ﴾ والقصاص فيما دون النفس فى شيئين فى الجروح وفى الاطراف ، فأما الجروح فينظر فيها فان كانت لا تنتهى الى عظم كالجائفة وما دون الموضحة من الشجاج ، أو كانت الجناية على عظم ككسر الساعد والعضد والهاشمة والمنقلة ، لم يجب فيها القصاص ، لأنه لا تمكن المماثلة فيه ولا يؤمن أن يستوفى أكثر من الحق فسقط ، فان كانت الجناية تنتهى الى عظم — فان كانت موضحة فى الرأس أو

اوجه — وجب فيها القصاص ، لأنه تمكن المماثلة فيه ، ويؤمن أن يستوفى أكثر من حقه ، وان كانت فيما سوى الرأس والوجه كالساعد والعضد والساق والفخذ وجب فيها القصاص .

ومن أصحابنا من قال لا يجب لأنه لما خالف موضحة الرأس والوجه فى تقدير الارش خالفهما فى وجوب القصاص والمنصوص هو الأول ، لأنه يمكن استيفاء القصاص فيها من غير حيف لانتهائها الى العظم ، فوجب فيها القصاص كالموضحة فى الرأس والوجه .

﴿ فصل ﴾ وان كانت الجناية موضحة وجب القصاص بقدرها طولا وعرضا لقوله عز وجل « والجروح قصاص » والقصاص هو المماثلة ، ولا تمكن المماثلة فى الموضحة الا بالمساحة فى الطول والعرض ، فان كانت فى الرأس حلق موضعها من رأس الجانى وعلم على القدر المستحق بسواد أو غيره ، ويقتص منها ، فان كانت الموضحة فى مقدم الرأس أو مؤخره أو فى قزعته وأمكن أن يستوفى قدرها فى موضعها من رأس الجانى لم يستوف فى غيرها ، وان كان قدرها يزيد على مثل موضعها من رأس الجانى استوفى بقدرها ، وان جاوز الموضع الذى شجه فى مثله لأن الجميع رأس . وان كان قدرها يزيد على رأس الجانى لم يجز أن ينزل الى الوجه والقفا لأنه قصاص فى غير العضو الذى جنى عليه ويجب فيما بقى الارش لانه تعذر فيه القصاص فوجب البدل ، فان أوضح جميع رأسه ورأس الجانى أكبر فللمجنى عليه أن يبتدىء بالقصاص من أى جانب شاء من رأس الجانى ، لأن الجميع محل للجناية .

وان أراد أن يستوفى بعض حقه من مقدم الرأس وبعضه من مؤخره فقد قال بعض أصحابنا انه لا يجوز ، لأنه يأخذ موضحتين بموضحة . قال الشيخ الامام ويحتمل عندى أنه يجوز لأنه لا يجاوز موضع الجناية ولا قدرها الا أن يقول أهل الخبرة ان فى ذلك زيادة ضرر أو زيادة شين فيمنع لذلك .

وان كانت الموضحة فى غير الوجه والرأس وقلنا بالمنصوص انه يجب فيها القصاص اقتص فيها على ما ذكرناه فى الرأس ، فان كانت فى الساعد فزاد قدرها على ساعد الجانى لم ينزل الى الكف ولم يصعد الى العضد ، وان كانت فى الساق

فزادت على قدر ساق الجانى لم ينزل إلى القدم ولم يصعد الى الفخذ كما لا ينزل فى موضحة الرأس إلى الوجه والقفا .

﴿ فصل ﴾ وإن كانت الجناية هاشمة أو منقّلة أو مأمومة فله أن يقتص فى الموضحة لأنها داخلة فى الجناية يمكن القصاص فيها ، ويأخذ الأرش فى الباقى ، لأنه تعذر فيه القصاص فانتقل الى البدل .

(الشرح) الأحكام : يجب القصاص فيما دون النفس فى شيئين : الجروح والأعضاء ، والجروح ضربان ، جرح فى الرأس والوجه وجرح فيما سواهما من البدن ، فأما الجروح فى الرأس والوجه ويسمى الشجاج . قال الشافعى رضى الله عنه وهى عشرة .

(أولها) الحارصة وهى التى تقشط الجلد قشطا لا يدمى ، ومنه يقال حرص القصار الثوب إذا قشط درنه ووسخه[1] وبعدها الدامية وهى التى قشطت الجلد وخرج منها الدم ، وبعدها الباضعة وهى التى تبضع اللحم ، أى تشقه بعد الجلد وبعدها المتلاحمة وهى التى تنزل فى اللحم ولا تصدع العظم ، وبعدها السمحاق وهى التى وصلت إلى جلدة رقيقة بين اللحم والعظم وتسمى تلك الجلدة السمحاق وبعدها الموضحة وهى التى أوضحت عن العظم وكشفت عنه ، وبعدها الهاشمة وهى التى هشمت العظم ، وبعد المنقّلة — قال الشيخ أبو حامد ولها تأويلان

(أحدهما) أن ينقل العظم من موضع الى موضع (والثانى) أنه فى تداويه لا بد من إخراج شىء من العظم منه ، وبعدها المأمومة وتسمى الآمة بالمد اسم فاعل والمأمومة اسم مفعول ، وجمع الآمة أوام ، مثل دابة ودواب ، وجمع المأمومة على لفظها مأمومات وهى التى تصل إلى أم الدماغ

وقال فى البيان : وهى التى قطعت العظم وبلغت الى قشرة رقيقة فوق الدماغ وبعدها الدامغة وهى التى بلغت الدماغ .

وحكى عن أبى العباس بن سريج أنه زاد الدامغة بعد الدامية وقال الدامية التى يخرج منها

---

(١) فى المصباح : حرص القصار الثوب شقه ، ومنه قيل للشجة تشق الجلد حارصة .

الدم ولا يجرى ، والدامغة ما يخرج منها الدم ويجرى . قال الأزهرى : الدامغة قبل الدامية ، وهى التى يخرج منها الدم بقطعه والدامية هى التى يخرج منها أكثر

إذا ثبت هذا فان الشافعى رضى الله عنه قال فى الأم لا قصاص فيما دون الموضحة من الشجاج

ونقل المزنى ، لو جرحه فلم يوضحه اقتضى منه بقــدر عاشق من الموضحة .

واختلف أصحابنا فيه فقال الخراسانيون هل يجب القصاص فيما دون الموضحة من الشجاج ؟ فيه قولان ، قال أكثر أصحابنا البغداديين ، لا يجب القصاص فيما دون الموضحة ، وما نقله المزنى فيه سهو ، لأن القصاص هو المماثلة ولا يمكن المماثلة فيما دون الموضحة ، فلو أوجبنا فيها القصاص لم يأمن أن تؤخذ موضحة بمتلاحمة ، لأنه قد يكون رأس المجنى عليه غليظ الجلد كثير اللحم ، ويكون رأس الجانى رقيق الجلد قليل اللحم ، فإذا قدرنا العمق فى المتلاحمتين ورأس المجنى عليه وأوجبنا قدره فى رأس الجانى فربما بلغت إلى العظم وذلك لا يجوز

وقال الشيخ أبو حامد يمكن عندى القصاص فيما دون الموضحة من الشجاج على ما نقله المزنى بأن يكون فى رأس المجنى عليه موضحة وفى رأس الجانى موضحة فينظر الى المتلاحمة التى فى رأس المجنى عليه ، وينظر كم قدرها من الموضحة ، فإن كان قدر نصفها نظر كم قدر الموضحة التى فى رأس الجانى فنقص منه نصف موضحته التى فى رأسه ، والمشهور أنه لا قصاص فى ذلك ، وأما الموضحة فيجب فيها القصاص لأن المماثلة فيها ممكنة من غير حيف ، فيقدر الموضحة بالطول والعرض ويعلم عليه بخيط أو سواد ولا يعتبر العمق ، لأنه يأخذ الى العظم . وان كانت الشجة فى الرأس وعلى موضعها فى رأس الجانى شعر فالمستحب أن يحلق ذلك الشعر لأنه أسهل فى الاستيفاء ، وإن اقتص ولم يحلق الشعر جاز ، لأنه لا يأخذ إلا قدر حقه .

(فرع) إذا شج رجل رجلا فى رأسه شجة فلا يخلو إما أن يستوى رأساهما فى الصغر والكبر أو يختلفا — فإن استوى رأساهما فى الصغر أو الكبر — فإنه يستوفى مثل موضحته بالطول والعرض فى موضعها إما فى مقدم الرأس أو مؤخره

أو بين قرنيه ، وان اختلفا نظرت — فإن كان رأس الجانى أكبر ورأس المجنى عليه أصغر فجنى عليه موضحة الى منبت الشعر فوق الأذن وكان قدر طولها وعرضها فى رأس الجانى ينتهى الى أعلا من ذلك الموضع لسعته ، فليس للمجنى عليه أن يأخذ الا قدر موضحته طولا وعرضا لا يزيد عليه ، ولكن له أن يبتدىء بالقصاص من أى الجانبين شاء .

وإن أوضح جميع رأسه فللمجنى عليه أن يقتص قدر موضحته طولا وعرضا فى أى وقت شاء من رأس الجانى لأنه قد جنى عليه فى ذلك الموضع فى رأسه . فإن أراد أن يقتص بعضها فى مقدم رأس الجانى وبعضها فى مؤخر رأس الجانى ويكون بينهما فاصل ففيه وجهان

(أحدهما) لا يجوز له ذلك لأنه يأخذ موضحتين بموضحة

(والثانى) وهو قول المصنف أنه يجوز لأنه لا يأخذ إلا قدر حقه إلا ان قال أهل الخبرة ان فى ذلك زيادة ضرر أو زيادة شين فيمنع من ذلك ، وإن كان رأس المجنى عليه أكبر من رأس الجانى فأوضحه موضحة فى مقدم رأسه وكان قدر طولها وعرضها فى رأس الجانى يزيد على ذلك الموضع ففيه وجهان

(أحدهما) أن للمجنى عليه أن يقتص فى مقدم رأس الجانى ويستكمل قدر طول موضحته وعرضها مما يلى ذلك من مؤخر رأس الجانى لأنه عوض واحد فإن زادت موضحته على قدر الرأس لم يكن له أن يستوفى باقيها فى الوجه ولا فى القفا وهو ما نزل عن منبت شعر الرأس من العين لأنهما موضعان آخران والوجه الثانى أنه لا يجوز له أن يتجاوز عن سمت موضع الشجة لأنه غير موضع الشجة فلم يتجاوره ، كما لا يجوز أن يتجاوز عن موضع الرأس الى الوجه والقفا فعلى هذا ان كانت الموضحة فى مقدم الرأس وزاد قدرها على مقدم رأس الجانى لم ينزل الى مؤخره ، وان كانت بين قرنى الرأس وهما جانباه وزاد قدرها على ما بين قرنى رأس الجانى فللمجنى عليه أن يقتص الى مافوق الاذنين لأنه فى سمتها وليس له أن يستوفى فى مقدم الرأس ولا فى مؤخره لأنه فى غير سمته

(فرع) وأما الهاشمة والمنقلة والمأمومة فله أن يقتص فى الموضحة وليس له أن يقتص فيما زاد عليها لأن كسر العظم لا يمكن المماثلة فيه لأنه يخاف فيه الحيف

وإتلاف النفس . وأما الجراحة فى غير الرأس والوجه فينظر فيها — فإن وصلت إلى عظم وجب فيها القصاص . ومن أصحابنا من قال لا يجب فيها القصاص لأنها لما خالفت موضحة الرأس والوجه فى تقدير الأرش خالفتها فى وجوب القصاص والمنصوص هو الأول ، لأنه يمكن القصاص فيهـا من غير حيف فهى كالموضحة فى الرأس والوجه .

فعلى هذا إن كانت فى موضع عليه شعر كثير ، فالمستحب أن يُحلق موضعها ويعلّم على موضعها سواد أو غيره ، ويقـــدر الطول والعرض على ماذكرناه فى موضحة الرأس .

وإن كانت الجراحة فى العضد فزاد قدرها على عضد الجانى لم ينزل فى الزيادة على عالى الساعد ، وإن كانت فى الفخذ وزاد قدرها على فخذ الجانى لم ينزل فى الزيادة إلى الساق ، وإن كانت فى الساق وزاد قدرها على ساق الجانى لم ينزل فى الزيادة إلى القدم كما لا ينزل فى موضحة الرأس الى الوجه والقفا ، وإن كانت فيما دون الموضحة لم يجب فيها القصاص على المشهور من المذهب ، لأنه لا يمكن المماثلة فيه وعلى ما اعتبره الشيخ أبو حامـــد وحكاه الخراسانيون فيما دون الموضحة من الجراحات على الرأس فى الوجه يكون ههنا مثله

وإن كانت الجراحة جائفة أو كسر عظم لم يجب القصاص فيها ، لأنه لا يمكن المماثلة فيها ويخاف فيها الحيف ، بل إن كانت فى موضع وصلت الى عظم ثم كسرت أو أجافت وجب القصاص فيها الى العظم ووجب الأرش فيما زاد

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وأما الاطراف فيجب فيها القصاص فى كل ما ينتهى منها الى مفصل فتؤخذ العين بالعين لقوله تعالى « وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والاذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص » ولانه يمكن المماثلة فيها لانتهائها إلى مفصل فوجب فيها القصاص ، ولا يجوز أن يأخذ صحيحة بقائمة لأنه يأخذ أكثر من حقه ، ويجوز أن يأخذ القائمة بالصحيحة لأنه يأخذ دون حقه . وان أوضح رأسه فذهب ضوء عينه ، فالمنصوص أنه يجب فيه القصاص،

وقال فيمن قطع أصبع رجل فتآكل كفه إنه لا قصاص فى الكف ، فنقل أبو إسحاق قوله فى الكف الى العين ولم ينقل قوله فى العين الى الكف ، فقال فى ضوء العين قولان (أحدهما) لا يجب فيه القصاص لأنه سراية فيما دون النفس فلم يجب فيه القصاص كما لو قطع أصبعه فتآكل الكف (والثانى) يجب لأنه لا يمكن إتلافه بالمباشرة فوجب القصاص فيه بالسراية كالنفس

ومن أصحابنا من حمل المسئلتين على ظاهرهما فقال يجب القصاص فى الضوء قولا واحداً ولا يجب فى الكف ، لأن الكف يمكن إتلافه بالمباشرة فلم يجب القصاص فيه بالسراية بخلاف الضوء .

(فصل) ويؤخذ الجفن بالجفن لقوله تعالى « والجروح قصاص » ولأنه يمكن القصاص فيه لانتهائه الى مفصل فوجب فيه القصاص ويؤخذ جفن البصير بجفن الضرير وجفن الضرير بجفن البصير لأنهما متساويان فى السلامة من النقص وعدم البصر نقص فى غيره .

(فصل) ويؤخذ الانف بالانف لقوله تعالى « والانف بالانف » ولا يجب القصاص فيه إلا فى المارن لأنه ينتهى الى مفصل ، ويؤخذ الشامّ بالأخشم ، والاخشم بالشام لأنهما متساويان فى السلامة من النقص ، وعدم الشم نقص فى غيره ، ويؤخذ البعض بالبعض ، وهو أن يقدر ما قطعه بالجزء كالنصف والثلث ثم يقتص بالنصف والثلث من مارن الجانى ، ولا يؤخذ قدره بالمساحة لأنه قد يكون أنف الجانى صغيراً وأنف المجنى عليه كبيراً ، فإذا اعتبرت المماثلة بالمساحة قطعنا جميع المارن بالبعض ، وهذا لا يجوز . ويؤخذ المنخر بالمنخر والحاجز بين المنخرين بالحاجز ، لأنه يمكن القصاص فيه لانتهائه الى مفصل ، ولا يؤخذ مارن صحيح بمارن سقط بعضه بجذام أو انخرام لأنه يأخذ أكثر من حقه ، فإن قطع من سقط بعض مارنه مارناً صحيحا فللمجنى عليه أن يأخذ الموجود وينتقل فى الباقى الى البدل لأنه وجد بعض حقه وعدم البعض ، فأخذ الموجود وانتقل فى الباقى الى البدل وان قطع الانف من أصله اقتص من المارن لأنه داخل فى الجناية يمكن القصاص فيه ، وينتقل فى الباقى الى الحكومة لأنه لا يمكن القصاص فيه فانتقل فيه الى البدل

(الشرح) قوله « بقائمة » وهى التى بياضها وسوادها صحيحان غير أن صاحبها لا يبصر ولعلها الراقفة ، من قولهم . قام زيد إذا وقف

وقوله « المارن » أى ما لان من الأنف وموصل الى القصيب . والاخشم من الخشم ، أى أصيب بداء فى أنفه منعه الشم .

أما الاحكام فإن الاطراف يجب فيها القصاص فى كل ما ينتهى منها الى مفصل فتؤخذ العين بالعين لقوله تعالى (والعين بالعين) الآية . ولأنها تنتهى الى مفصل إذا ثبت هذا فإنه تؤخذ العين الصحيحة بالعين الصحيحة والقائمة بالقائمة ، وهى التى ذهب ضوؤها وبقيت حدقتها — وهى التى انفصلت شبكتيها — وهو الطبقة المبطنة لكرة العين من أسفل أو التى انفصل أو ضمر العصب البصرى لها وهو الذى يتلقى المرئيات من الشبكية لنقلها إلى المخ ، أو المياه الزرقاء التى تتكون فى العدسة الداخلية للعين ، أو ماشابه ذلك مما لا يظهر على شكل العين فتبدو كأنها مبصرة وليس فيها ابصار ، فإنه لا تؤخذ صحيحة بقائمة ، وهى التى وصفناها طبقا لعلم التشريح البصرى ان شاء الله ، وذلك لأنه يأخذ أكثر من حقه ، ويجوز أن يأخذ القائمة بالصحيحة لأنه يأخذ أقل من حقه باختياره

(فرع) اذا أوضح رأسه فذهب ضوء العين ، أى انفصلت الشبكية أو نهتك عصب الابصار ، فالمنصوص أنه يجب القصاص فى الضوء .

وقال الشافعى رضى الله عنه فيمن قطع أصبع رجل فتآكل الكف وسقط انه لا يجب عليه القصاص فى الكف . واختلف أصحابنا فى ضوء العين ، فنقل أبو اسحاق جوابه فى الكف الى العين ، وجعل فى ضوء العين قولين

(أحدهما) أنه لا يجب فيه القصاص لانه سراية فيما دون النفس فلم يجب فيه القصاص كالكف .

(والثانى) يجب فيه القصاص بالسراية كالنفس ، وقال أكثر أصحابنا لا يجب القصاص فى الكف بالسراية قولا واحداً ، والفرق بينهما أن الكف يمكن اتلافه بالمباشرة فلم يجب فيه القصاص بالسراية ، والضوء لا يمكن إتلافه بالمباشرة بالجناية ، وانما يتلف بالجناية على غيره فوجب القصاص فيه بالسراية كالنفس .

(فرع) قال المصنف ويؤخذ الجفن بالجفن لقوله تعالى « والجروح قصاص »

وهذا صحيح لأنه ينتهي إلى مفصل فيؤخذ جفن البصير بجفن الضرير وجفن الضرير بجفن البصير لأنهما متساويان فى السلامة ، وعدم البصر نقص فى غيره

(مسألة) قوله تعالى « والعين بالعين والأنف بالأنف » قرأ نافع وعاصم والأعمش وحمزة بالنصب فى جميعها على العطف ، ويجوز تخفيف (أن) ورفع الكل بالابتداء والعطف ، وقرأ ابن كثير وابن عامر وأبو عمرو وأبو جعفر بنصب الكل إلا الجروح ، وكان الكسائى وأبو عبيد يقرءان « والعينُ بالعين » وهكذا بالرفع فيها كلها .

قال أبو عبيد : حدثنا حجاج عن هرون عن عباد بن كثير عن عقيل عن الزهرى عن أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم قرأ « وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والانف بالانف والاذن بالاذن والسن بالسن والجروح قصاص » والرفع من ثلاث جهات بالابتداء والخبر وعلى معنى على موضع « أن النفس » لأن المعنى قلنا لهم « النفس بالنفس »

والوجه الثالث قاله الزجاج يكون عطفاً على المضمر فى النفس ، لأن الضمير فى النفس فى موضع رفع لأن التقدير أن النفس هى مأخوذة بالنفس ، فالاسماء معطوفة على هى .

قال ابن المنذر : ومن قرأ بالرفع جعل ذلك ابتداء كلام حكم فى المسلمين ، وهذا أصح القولين عند القرطبي فى جامعه ، وذلك أنها قراءة رسول الله صلى الله عليه وسلم والخطاب للمسلمين أمروا بهذا . ومن خص الجروح بالرفع فعلى القطع مما قبلها والاستئناف بها ، كأن المسلمين أمروا بهذا خاصة ، وماقبله لم يواجهوا به إذا ثبت هذا فإن الانف الكبير يؤخذ بالصغير والغليظ بالرقيق والاقنى بالافطس لأن الاطراف يجب القصاص فيها وان اختلفت بالصغر والكبر . ولا يجب القصاص فى المارن وهو اللين .

وأما القصبة فلا يجب فيها القصاص لأنها عظم ، ويؤخذ أنف الشام بأنف الاخشم ، وأنف الاخشم بأنف الشام ، لأن الخشم ليس بنقص فى الأنف ، وإنما هو علة فى الدماغ والانفان يتساويان فى السلامة ، ويؤخذ الانف الصحيح بالانف المجذوم ما لم يسقط بالجذام شيء منه ، لأن الطرف الصحيح يؤخذ

بالطرف العليل، فإن سقط من الأنف شيء لم يؤخذ به الصحيح لأنه يأخذ أكثر من حقه ، فإن قطع من سقط بعض مارنه مارناً صحيحا قطع جميع ما بقي من مارن الجاني وأخذ منه من الدية بقدر ما كان ذهب من مارنه ، فإن قطع بعض مارن غيره نظر كم القدر الذي قطع — فإن كان نصف المارن أو ثلثه أو ربعه اقتص من مارنه نصفه أو ثلثه أو ربعه ، ولا يقدر بالمساحة بالطول والعرض كما قلنا في الموضحة ، لأنه قد يكون أنف الجاني صغيراً وأنف المجني عليه كبيراً ، فلو قلنا يقطع من أنف الجاني قدر ما قطع من أنف المجني عليه بالمساحة طولا وعرضاً لم يأمن أن يقطع جميع أنفه ببعض أنف المجني عليه ، ويؤخذ المتحد بالمتحد ، والحاجز بينهما بالحاجز ، فإن قطع المارن والقصبة اقتص من المارن وأخذ الحكومة في القصبة لأنه لا يمكن القصاص فيها

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وتؤخذ الأذن بالأذن لقوله عز وجل « والأذن بالأذن » ولأنه يمكن استيفاء القصاص فيه لانتهائه إلى حد فاصل ، وتؤخذ أذن السميع بأذن الأصم ، وأذن الاصم بأذن السميع ، لأنهما متساويان في السلامة من النقص ، وعدم السمع نقص في غيره . ويؤخذ الصحيح بالمثقوب ، والمثقوب بالصحيح ، لأن الثقب ليس بنقص ، وإنما تثقب للزينة . ويؤخذ البعض بالبعض على ما ذكرناه في الانف ، ولا يؤخذ صحيح بمخزوم ، لأنه يأخذ أكثر من حقه ، ويؤخذ المخزوم بالصحيح ، ويؤخذ معه من الدية بقدر ما سقط منه لما ذكرناه في الانف .

وهل يؤخذ غير المستحشف بالمستحشف ؟ فيه قولان (أحدهما) أنه لا يؤخذ كما لا تؤخذ اليد الصحيحة بالشلاء .

(والثاني) يؤخذ لأنهما متساويان في المنفعة ، بخلاف اليد الشلاء فإنها لا تساوي الصحيحة في المنفعة ، فإن قطع بعض أذنه وألصقه المقطوع فالتصق لم يجب القصاص ، لأنه لا يمكن المماثلة فيما قطع منه ، وإن قطع أذنه حتى جعلها معلقة على خده وجب القصاص ، لأن المماثلة فيه ممكنة بأن يقطع أذنه حتى تصير

معلقة على خده ، وإن أبان أذنه فأخذه المقطوع وألصقه فالتصق لم يسقط القصاص لأن القصاص يجب بالإبانة ، وما حصل من الإلصاق لا حكم له لأنه يجب إزالته ولا تجوز الصلاة معه . وإن قطع أذنه فاقتص منه وأخذ الجانى أذنه فألصقه فالتصق لم يكن للمجنى عليه أن يطالبه بقطعه ، لأنه اقتص منه بالإبانة ، وما فعله من الالصاق لا حكم له لأنه يستحق إزالته للصلاة ، وذلك الى السلطان وإن قطع أذنه فقطع المجنى عليه بعض أذن الجانى فألصقه الجانى فالتصق فللمجنى عليه أن يعود فيقطعه لأنه يستحق الابانة ولم يوجد ذلك . وإن جنى على رأسه فذهب عقله أو على أنفه فذهب شمه أو على أذنه فذهب سمعه لم يجب القصاص فى العقل والشم والسمع ، لأن هذه المعانى فى غير محل الجناية فلم يمكن القصاص فيها .

(فصل) وتؤخذ الشفة بالشفة وهو ما بين جلد الذقن والخدين علوا وسفلا ومن أصحابنا من قال لا يجب فيه القصاص لانه قطع لحم لا ينتهى إلى عظم فلم يجب فيه القصاص كالباضعة والمتلاحمة والضحيح والاول لقوله تعالى «والجروح قصاص» ولانه ينتهى إلى حد معلوم يمكن القصاص فيه فوجب فيه القصاص

(الشرح) الصمم فقدان السمع بسبب من الاسباب الآتية :

١ ـ انسداد القناة السمعية وهى المدخل الظاهرى فى فتحة الاذن

٢ ـ تهتك الغشاء الرقيق المسمى (الطبلة) وهو الذى يستقبل الذبذبات الصوتية الداخلة من القناة السمعية فينقلها بدوره الى ثلاث عظيمات فى الصماخ وهذه العظيمات (بالتصغير لصغرها ودقتها) تكبر الصوت بالذبذبات التى تحدث عن طريق تحرك هذه العظيمات عند اصطدام الذبذبات الصوتية بها

٣ ـ توقف العظيمات عن الحركة

٤ ـ انفصال العصب السمعى أو تيبسه أو تهتكه ، وهو الذى يأخذ الصوت من مكبر الصوت (العظيمات) لينقله الى المخ . والاخرم المثقوب الاذن ، وقد انخرم ثقبه أى انشق ، والمستحشف المنقبض اليابس ، مأخوذ من حشف التمر وأول الشجاج الحارصة ، سميت حارصة لانها تشق الجلد ، يقال حرص القصار الثوب

إذا شقه ، وحرص المطر الأرض إذا قشرها . والباضعة التى تقطع الجلد وتشق اللحم وتدمى ؛ من بضعت اللحم إذا قطعته قطعا صغارا ، والبضعة القطعة وقد سقناها آنفا فى عشرة أنواع وفيها المتلاحمة والسمحاق والهاشمة . أما الاندمال فهو برء الجرح . يقال اندمل الجرح إذا تماثل ، وأصله الإصلاح ، ودملت بين القوم أصلحت ، ودملت الأرض بالسرجين أصلحتها

أما الأحكام فإنه يجب القصاص فى الأذن لقوله تعالى « والأذن بالأذن » ويؤخذ منها الكبير بالصغير والعكس لما ذكرناه فى الأنف ، ويؤخذ المثقوب بالصحيح وبالعكس ، والاصم بالسميع وبالعكس ، وإن قطع مَنْ أذنه مخرومة أذنا صحيحة اقتص منه المجنى عليه فى المخرومة وأخذ من دية أذنه بقدر ما انخرم من أذن الجانى ، وتؤخذ الاذن المستحشفة وهى الاذن اليابسة بالاذن الصحيحة لأنه يأخذ أنقص من حقه باختياره ، وهل تؤخذ الأذن الصحيحة بالأذن المستحشفة ؟ فيه قولان

(أحدهما) لا يؤخذ بها كما لا يجوز أخذ اليد الصحيحة باليد الشلاء .

(والثانى) تؤخذ بها لأن الأذن المستحشفة تساوى الأذن الصحيحة فى المنفعة فأخذت الصحيحة بها بخلاف اليد الشلاء فإنها لا تساوى الصحيحة فى المنفعة

(فرع) وإن قطع بعض أذنه اقتص منه ، ويقدر ذلك بالجزء كالنصف والثلث والربع ، ولا يقدر بالمساحة بالطول والعرض لما ذكرناه فى الأنف . وحكى ابن الصباغ عن القاضى أبى الطيب أنه لا يثبت القصاص فى بعض الأذن والاول أصح لأنه يمكنه القصاص فيها

وقول المصنف هنا : إذا قطع بعض أذنه وألصقه فالتصق لم يجب القصاص لأنه لا يمكن المماثلة فيما قطع منه . ولعله أراد إذا اندمل القطع بنحو خياطة طبية فاختفى القطع .

وإن قطع أذنه حتى جعلها معلقة فله أن يقطع كذلك لأن المماثلة ممكنة . وان قطع أذنه وأبانها فأخذها المجنى عليه فألصقها فالتصقت لم يكن للمجنى عليه أن يطالبه بإزالتها ، لأنه قد استوفى حقه ، والازالة الى السلطان ، وإن قطع أذنه وأبانها وقطع المجنى عليه بعض أذن الجانى فألصقه الجانى فالتصق فللمجنى عليه أن

يعود ويقطعه ، لان حقه الابانة ولم يوجد . وإن جنى على رأسه فذهب عقله أو شمه أو سمعه أو ذوقه أو نكاحه أو إزاله لم يجب القصاص ، لان هذه الاشياء ليست فى موضع الجناية فيمكن القصاص فيها .

(مسئلة) يجب فى الشفتين القصاص ، ومن أصحابنا من قال: لا قصاص فيهما لانه قطع لحما من لحم غير منفصل ، والاول هو المنصوص لقوله تعالى «والجروح قصاص » ولان الشفتين هما اللحم الجافى من لحم الذقن والشدق ، مستدير على الفم طولا وعرضا ، وطولهما ما تجافى عن لحم الذقن الى أصل الانف وذلك من لحم له حد معلوم فوجب القصاص فيه

واختلف أصحابنا فى القصاص فى اللسان ، فنهم من قال يجب القصاص فى جميعها وفى بعضها ، لان له حداً ينتهى اليه فهو كالانف والاذن . وقال أبو اسحاق لا قصاص فيه ، واليه ذهب بعض أصحاب أبى حنيفة ، واختاره ابن الصباغ ، وأما المصنف فذكر أن القصاص يثبت فى جميعها على وجهين

قال المصنف رحمه الله تعالى :

﴿ فصل ﴾ ويؤخذ السن بالسن لقوله تعالى (والسن بالسن) ولما رويناه فى أول الباب فى حديث الربيع بنت النضر بن أنس ، ولانه محدود فى نفسه يمكن القصاص فيه فوجب فيه القصاص ، ولا يؤخذ سن صحيح بسن مكسور لانه يأخذ أكثر من حقه ، ويؤخذ المكسور بالصحيح ، ويؤخذ معه من الدية بقدر ما انكسر منه لما ذكرناه فى الانف والاذن ، ويؤخذ الزائد اذا اتفق محلهما لانهما متساويان ، وان قلع سنا زائدة وليس للجانى مثلها وجبت عليه الحكومة لانه تعذر المثل فوجب البدل ، وان كان له مثلها فى غير موضع المقلوع لم يؤخذ كما لا يؤخذ سن أصلى بسن أخرى . وان كسر نصف سنه وأمكن أن يقتص منه نصف سنه اقتص منه ، فإن لم يمكن وجب بقدره من دية السن ، وان وجب له القصاص فى السن فاقتص ثم نبت له مكانه سن آخر ففيه قولان

(أحدهما) أن النابت هو المقلوع من جهة الحكم لانه مثله فى محله فصار كما

لو قلع سن صغير ثم نبت فعلى هذا يجب على المجنى عليه دية سن الجانى لأنه قلع سنه بغير سن .

والقول الثانى : إن النابت هبة مجددة لأن الغالب أنه لا يستخلف فعلى هذا وقع القصاص موقعه ولا يجب عليه شيء للجانى ، وإن قلع سن رجل فاقتص منه ثم نبت للجانى سن فى مكان السن الذى اقتص منه . فإن قلنا إن النابت هبة مجددة لم يكن للمجنى عليه قلعه لأنه استوفى ما كان له . وإن قلنا إن النابت هو المقلوع من جهة الحكم فهل يجوز للمجنى عليه قلعه ؟ فيه وجهان

(أحدهما) أن له أن يقلعه ولو نبت ألف مرة . لأنه أعدمه السن فاستحق أن يعدم سنه .

(والثانى) ليس له قلعه لأنه يجوز أن يكون هبة مجددة ويجوز أن يكون هو المقلوع فلم يجز قلعه مع الشك

﴿ فصل ﴾ ويؤخذ اللسان باللسان لقوله تعالى (والجروح قصاص) ولأن له حداً ينتهى اليه فاقتص فيه فلا يؤخذ لسان الناطق بلسان الأخرس لأنه يأخذ أكثر من حقه ، ويؤخذ لسان الاخرس بلسان الناطق لأنه يأخذ بعض حقه وان قطع نصف لسانه أو ثلثه اقتص من لسان الجانى فى نصفه أو ثلثه وقال أبو اسحاق لا يقتص منه لأنه لا يأمن أن يجاوز القدر المستحق ، والمذهب أنه يقتص منه للآية ولأنه إذا أمكن القصاص فى جميعه أمكن فى بعضه

(الشرح) حديث الربيع بنت النضر مضى تخريجه فى فصل قبله ، أما الاحكام فقد قال الشافعى رضى الله عنه : وإن قلع سن من أثغر قلع سنه ، وإن كان المقلوع سنه لم يثغر أوقف حتى يثغر

وجملة ذلك أن القصاص يجب فى السن لقوله تعالى « والسن بالسن» ولما روى أن الربيع كسرت سن جارية فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بكسر سنها ، فقال أنس بن النضر أتكسر سن الربيع ؟ لا والله لا تكسر ، فقال رسول الله (ص) القصاص فعفا الانصارى فقال رسول الله إن من عباد الله من لو أقسم على الله لأبره »

إذا ثبت هذا فإنه يقال للصبى إذا سقطت رواضعه ، وهى الاسنان التى تنبت له

وقت رضاعه ثغر فهو مثغور ، فإذا نبت له مكانها قيل له أثغر واتغر لغتان .
هكذا أفاده العمراني

وقال الفيومي : والثغر المبسم ثم أطلق على الثنايا ، وإذا كسر ثغر الصبي قيل : ثغر ثغورا بالبناء للمفعول ، وثغرته أثغره من باب نفع كسرته ، واذا نبتت بعد السقوط قيل أثغر اثغارا مثل أكرم إكراماً ، وإذا ألقى أسنانه قيل اثّغر على افتعل .

وقال فى كفاية المتحفظ : إذا سقطت أسنان الصبي قيل ثُغر ، فإذا نبتت قيل اثغر واتغر بالتاء والثاء مع التشديد .

فإذا قلع سن غيره فلا يخلو المقلوع إما أن يكون لم يثغر أو كان قد ثغر ، فإن كان لم يثغر فإن القصاص لا يجب على الجانى فى الحال ، لأن العادة جرت أن سن من لم يثغر تعود اذا قلعت ، وما كان يعود إذا قلع لا يجب فيه القصاص كالشعر ويسأل الاطباء كم المدة التى تعود هذه السن فى مثلها ، وينتظر الى تلك المدة ، فإذا جاءت تلك المدة ولم يعد السن وجب على الجانى القصاص ، لأنه قد أيس من عودها ، فإن نبتت للمجنى عليه سن مكانها فى تلك المدة أو أقل منها — فإن كانت الثانية مثل الاولة من غير زيادة ولا نقصان لم يجب على الجانى قصاص ولا دية .
وهل يجب عليه حكومة الجراح الذى حصل بقلعه ؟ ينظر فيه ، فإن جرح موضعا آخر غير الموضع الذى فيه السن بالقلع وجبت عليه فيه الحكومة ، وإن لم يجرح إلا الموضع الذى قلع منه السن ففيه وجهان

(أحدهما) يجب عليه الحكومة ؛ لأنه لما قلع السن أدمى ، فإذا أدمى وجبت فيه الحكومة .

(والثانى) لا تجب عليه الحكومة ، لان الحكومة انما تجب اذا جرح وأدمى فأما اذا أدمى من غير جرح فلا حكومة عليه ، كما لو لطمه فرعف ، فإنه لا تجب عليه لخروج الدم بالرعاف حكومة . وان كانت السن التى نبتت مكان المقلوعة أنقص من التى تليها ، وجب على الجانى من ديتها بقدر ما نقص منها لان الظاهر أنها نقصت لجنايته .

وان كانت السن التى نبتت أزيد من التى قبلها ففيه وجهان : من أصحابنا من قال

لايجب على الجانى شين ، لأن الزيادة لا تكون من الجناية . وقال المصنف يلزمه حكومة الشين الحاصل بالزيادة كما يلزمه الشين الحاصل بالنقصان ، لأن الظاهر أن ذلك من جنايته

وإن كانت النابتة خارجة من صف الأسنان ، فإن كانت بحيث لا ينتفع بها وجبت عليه حكومة بالشين الحاصل بها ، وإن نبت له سن صغير أو خضراء أو سوداء — وكانت المقلوعة بيضاء — وجب على الجانى للشين الحاصل باللون ، وإن مات المجنى عليه بعد مضى المدة التى يرجى فيها عود السن قبل أن يعود ، فلوليه أن يقتص من الجانى ، لأنه مات بعد استقرار القصاص .

وهل تجب له دية سن ؟ حكى الشيخ أبو إسحاق فيها قولين ، وحكاهما الشيخ أبو حامد وابن الصباغ وجهين :

(أحدهما) تجب دية السن . لأنه قلع سناً لم تعد ، والأصل عدم العود . (والثانى) لا يجب لأن الغالب أنها قد كانت تعود ، وإنما قطعها الموت ، وأما إذا قلع سن من ثغر — فإن قال الاطباء انها لا تعود — وجب له القصاص فى الحال ، وإن قالوا انها تعود الى مدة فهل له القصاص قبل مضى تلك المدة ؟ فيه وجهان بناء على أنه هل يسقط القصاص أو الدية إذا عاد سنه فيه قولان ، فإن قلنا يسقط ينتظر والا فلا .

وقال الشيخ أبو حامد : ليس له أن يقتص قبل مضى تلك المدة كما قلنا فيمن قلع سن صبى لم يثغر . وقال ابن الصباغ : له أن يقتص بكل حال ، أو اقتص منه بعد الإياس من عودها ثم نبتت للمجنى عليه سن فى موضع السن المقلوع ففيه قولان (أحدهما) أن هذا السن من نبات السن المقلوع من هذا الموضع ، لأن مثله فى موضعه فصار كما لو نتف شعره ثم نبت ، كما لو قلع سن صبى لم يثغر ثم نبت مكانه سن ، وكما لو لطم عينه فذهب ضوؤها ثم عاد ، فعلى هذا لا يجب على المجنى عليه القصاص للجانى فى السن التى اقتص منه بها لأنه قلعها ، وكان يجوز له قلعها ، وانما يجب عليه دية سن الجانى . وان كان المجنى عليه عفا عن القصاص وأخذ دية سنه وجب عليه رد الدية الى الجانى .

والقول الثانى أن السن النابت هبة مجددة من الله تعالى للمجنى عليه ، لأن

العادة أن سن من ثغر اذا قلعت لا تعود ، فإذا عادت علمنا أن ذلك هبة من الله له ، فعلى هذا ان كان المجنى عليه قد اقتضى من الجانى أو أخذ منه الارش فقد وقع ما فعله موقعه ولا شيء عليه للجانى . وان قلع سن رجل فقلع المجنى عليه سن الجانى ثم نبت للجانى سن مكان سنه الذى اقتص منه ولم تعد للمجنى عليه مثلها — فإن قلنا ان النابت هبة من الله مجددة — فلا شيء للمجنى عليه ، وان قلنا ان النابت هو من الاول ففيه وجهان

(أحدهما) أن للمجنى عليه أن يقلعه ، ولو نبت مراراً ، لأنه أعدم سنه فاستحق أن يعدم سنه .

(والثانى) ليس له أن يقلع سنه لأنه يجوز أن يكون من المقلوع ، ويجوز أن يكون هبة مجددة ، وذلك شبهة فسقط بها القصاص . فعلى هذا للمجنى عليه دية سن على الجانى ، فإن خالف المجنى عليه وقلع هذا السن للجانى وجب عليه ديتها ويتقاصان ، وان قلع سنه فاقتص منه فعاد للمجنى عليه سن مكان سنه ولم يعد للجانى ثم عاد الجانى فقلعها وجب عليه ديتها لأنه ليس له مثلها ، فإن قلنا انه من الاول فقد قلنا ان على المجنى عليه دية سن الجانى فيتقاصان . وان قلنا ان النابت هبة مجددة فلا شيء على المجنى عليه للجانى

هذا ويؤخذ السن الكبير بالصغير والصغير بالكبير كما قلنا فى الانف والاذن ولا يؤخذ سن صحيح بمكسور لأنه يأخذ أكثر من حقه ، ويؤخذ المكسور بالصحيح ، لانه أنقص منه ، ويأخذ من دية سنه بقدر ما ذهب من سن الجانى وان كسر بعض سنه من نصفها أو ربعها فهل يجب بها القصاص ؟ اختلف الشيخان ، فقال الشيخ أبو اسحاق ان أمكن أن يقتص اقتص ، وان لم يمكن لم يقتص وقال الشيخ أبو حامد لا يقتص منه لان القصاص بالكسر لا يجب باتفاق الامة وما روى فى خبر الربيع أنها كسرت ثنية جارية فقال النبى صلى الله عليه وسلم : تكسر ثنيتها ، أراد بالكسر القلع لا الكسر من بعضها

(فرع) وان قلع لرجل سناً زائداً وللجانى سن زائد فى ذلك الموضع يساوى السن الذى قلع وجب فيها القصاص لأنهما متساويان ، وان لم يكن للجانى سن

زائد لم يجب عليه القصاص ، لأنه ليس له مثلها ، وإن كان له سن زائد فى غير ذلك الموضع لم يجب فيه القصاص لأنه ليس له مثلها ، وإن كان له سن زائد فى ذلك الموضع إلا أنه أكبر من سن المجنى عليه ففيه وجهان

(أحدهما) وهو قول أكثر أصحابنا لا يجب فيها القصاص ، لأن القصاص فى العضو الزائد إنما يجب بالاجتهاد ، فإذا كانت سن الجانى أزيد كانت حكومتها أكثر فلم يجب قلعها بالتى هى أنقص منها ، بخلاف السن الأصلية فإن القصاص يثبت بالنص فلا يعتبر فيها التساوى ، والثانى حكاه ابن الصباغ عن الشيخ أبى حامد واختاره أنه يجب فيها القصاص ، لأن ما ثبت بالاجتهاد يجب اعتباره بما ثبت بالنص ، والاول هو المنصوص

(مسألة) ويؤخذ اللسان باللسان لقوله تعالى « والجروح قصاص » ولأن له حداً ينتهى اليه فاقتص منه كالعين ، ولا نعلم فى هذا خلافا ، ولا يؤخذ لسان ناطق بلسان أخرس لأنه أفضل منه ، ويؤخذ الاخرس بالناطق لأنه بعض حقه ويؤخذ بعض اللسان ببعض لأنه أمكن القصاص فى جميعه فأمكن فى بعضه كالسن ويقدر ذلك بالاجزاء ويؤخذ منه بالحساب . هذا وتؤخذ الشفة بالشفة ، وهى ما جاوز الذقن والخدين علواً وسفلا ، لقول الله تعالى « والجروح قصاص » ولأن له حداً ينتهى اليه يمكن القصاص منه فوجب كاليدين

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وتؤخذ اليد باليد والرجل بالرجل والاصابع بالاصابع والانامل بالانامل لقوله تعالى (والجروح قصاص) ولأن لها مفاصل يمكن القصاص فيها من غير حيف فوجب فيها القصاص ، وإن قطع يده من الكوع اقتص منه لانه مفصل ، وإن قطع من نصف الساعد فله أن يقتص من الكوع لانه داخل فى جناية يمكن القصاص فيها ويأخذ الحكومة فى الباقى لانه كسر عظم لا تمكن المماثلة فيه فانتقل فيه إلى البدل . وإن قطع من المرفق فله أن يقتص منه لانه مفصل ، وإن أراد أن يقتص من الكوع ويأخذ الحكومة فى الباقى لم يكن له ذلك لانه يمكنه أن يستوفى جميع حقه بالقصاص فى محل الجناية فلا يجوز أن يأخذ القصاص

فى غيره ، وان قطع يده من نصف العضد فله أن يقتص من المرفق ويأخذ الحكومة فى الباقى وله أن يقتص فى الكوع ويأخذ الحكومة فى الباقى لان الجميع مفصل داخل فى الجناية ويخالف اذا قطعها من المرفق وأراد أن يقتص من الكوع لان هناك يمكنه أن يقتص فى الجميع فى محل الجناية وههنا لا يمكنه أن يقتص فى موضع الجناية .

وان قطع يده من الكتف وقال أهل الخبرة انه يمكنه أن يقتص منه من غير جائفة اقتص منه لانه مفصل يمكن القصاص فيه من غير حيف ، وان أراد أن يقتص من المرفق أو الكوع لم يجز لانه يمكنه أن يقتص من محل الجناية فلا يجوز أن يقتص فى غيره .

وان قال أهل الخبرة انه يخاف أن يحصل به جائفة لم يجز أن يقتص فيه ، لانه لا يأمن أن يأخذ زيادة على حقه ، وله أن يقتص فى المرفق ويأخذ الحكومة فى الباقى ، وله أن يقتص فى الكوع ويأخذ الحكومة فى الباقى لما ذكرناه ، وحكم الرجل فى القصاص من مفاصلها من القدم والركبة والورك ، وما يجب فيما بينهما من الحكومات حكم اليد وقد بيناه

﴿ فصل ﴾ ولا تؤخذ يد صحيحة بيد شلاء ، ولا رجل صحيحة برجل شلاء لانه يأخذ فوق حقه ، وان أراد المجنى عليه أن يأخذ الشلاء بالصحيحة نظرت فإن قال أهل الخبرة انه ان قطع لم تنسد العروق ودخل الهواء الى البدن وخيف عليه لم يجز أن يقتص منه ، لانه يأخذ نفساً بطرف

وان قالوا لا يخاف عليه فله أن يقتص لانه يأخذ دون حقه ، فإن طلب مع القصاص الارش لنقص الشلل لم يكن له ، لان الشلاء كالصحيحة فى الخلقة ، وانما تنقص عنها فى الصفة فلم يؤخذ الارش للنقص مع القصاص ، كما لا يأخذ ولى المسلم من الذمى مع القصاص أرشا لنقص الكفر .

وفى أخذ الاشل بالاشل وجهان :

أحدهما : انه يجوز لانهما متساويان

والثانى : لا يجوز ، وهو قول أبى اسحاق ، لان الشلل علة والعلل يختلف تأثيرها فى البدن فلا تتحقق المماثلة بينهما

(الشرح) تقطع اليد باليد والرجل بالرجل والأصابع بالاصابع والانامل بالانامل لقوله تعالى (والجروح قصاص) ولأن لها مفاصل يمكن القصاص فيها من غير حيف .

إذا ثبت هذا فإن قطع أصابعه من مفاصلها فله أن يقتص ، وان قطع يده من وسط الكف فليس له أن يقتص من وسط الكف لأن كسر العظم لا يثبت فيه القصاص لإجماع الامة ، فإن أراد أن يقتص من الاصابع من أصولها كان له ذلك ، لان الاصابع يمكن القصاص فيها .

فإن قيل فكيف يضع السكين فى غير الموضع الذى وضعه الجانى عليه ؟ قلنا لأنه لا يمكن وضعها فى الموضع الذى وضعها الجانى فيه ، فإذا اقتص من الاصابع فهل له أن يأخذ حكومة فيما زاد على الاصابع من الكف ؟ فيه وجهان يأتى بيانهما وإن قطع يده من الكوع كان له أن يقتص من ذلك الموضع لانه مفصل ، وان قطع يده من بعض الذراع فليس له أن يقتص من بعض الذراع لأنه كسر عظم وإن أراد أن يقتص من الكوع ويأخذ الحكومة فيما زاد عليه كان له ذلك لأنه داخل فى الجناية يمكن القصاص فيه ، وان قطع يده من المرفق فله أن يقتص من المرفق فإن أراد أن يقتص من المرفق ويأخذ الحكومة فيما زاد كان له ذلك .

وان أراد أن يقتص من الكوع ويأخذ الحكومة فيما زاد فقد اختلف أصحابنا فيه ، فقال الشيخ أبو اسحاق له ذلك لان الجميع مفصل داخل فى الجناية

وقال ابن الصباغ فى الشامل والطبرى فى العدة : ليس له ذلك لأنه يمكنه أن يقطع من المرفق ، ومتى أمكنه استيفاء حقه قصاصا لم يكن له أن يستوفى بعضه قصاصا وبعضه أرشا ، كما لو قطع يده من الكوع وأراد أن يقتص من الاصابع ويأخذ الحكومة فيما زاد فليس له ذلك لأنه يمكنه استيفاء حقه قصاصا

وإن قالا انه يخاف من الاقتصاص الجائفة (١) لم يكن له أن يقتص من

---

(١) قال فى اللسان . وفى الحديث « فى الجائفة ثلث الدية » هى الطعنة التى تنفذ الى الجوف ، يقال جفته اذا أصبت جوفه وأجفته الطعنة وجُفته بها . وقال ابن الاثير : والمراد بالجوف ههنا كل ما له قوة محيلة كالبطن والدماغ

الكف لأنه لا يؤمن أن يأخذ زيادة على حقه ، فإن أراد أن يقتص من المرفق ويأخذ الحكومة فيما زاد كان له ذلك ، وإن أراد أن يقتص من الكوع ويأخذ الحكومة فيما زاد على ذلك فقال الشيخ أبو اسحاق له ذلك . وعلى ماقال ابن الصباغ إذا قطع يده من بعض العضو وأراد أن يقتص من المرفق ليس له أن يقتص ههنا من الكوع لأنه يمكن استيفاء حقه قصاصاً من المرفق ، ومتى أمكنه أن يأخذ حقه قصاصاً فليس له أن يستوفى بعضه قصاصاو بعضه أرشا ، وحكم الرجل إذا قطعت أصابعها أو من مفصل القدم أو الركبة أو الورك أو ما بين ذلك حكم اليد فى القصاص على ما مضى .

(فرع) قال الشافعى رضى الله عنه : إذا قطع يده من المفصل فتعلقت بالجلد وجب القصاص فتقطع إلى أن تبقى معلقة بمثل ذلك . ويسئل أهل الطب ، فإن قالوا المصلحة فى قطعها قطعناها ، وإن قالوا المصلحة فى تركه تركناها

(مسألة) إذا قطع من له يد صحيحة يداً شلاء لم يكن للمجنى عليه أن يقتص بل له الحكومة .

وقال داود بن على له أن يقتص . دليلنا أن اليد الشلاء لا منفعة فيها ، وإنما فيها مجرد جمال فلا يأخذ بها يداً فيها منفعة ، وإن قطع من له يد شلاء يداً صحيحة فاختار المجنى عليه أن يقطع الشلاء بالصحيحة . قال الشافعى رضى الله عنه القصاص قال أصحابنا يرجع إلى عدلين من المسلمين من أهل الخبرة ، فإن قالا : إذا قطعت هذه الشلاء لم يُخف أكثر مما يخاف عليه إذا قطعت لو كانت صحيحة فللمجنى عليه أن يقتص ، وإن قالا يخاف عليه أكثر من ذلك بأن تبقى أفواه العروق منتفخة فتتخللها الجراثيم فيحدث من جراء ذلك تسمم كامل فتتلف النفس لم يكن له أن يقتص لأنه أخذ نفس بيد ، وهذا لا يجوز . وهل يجوز أخذ اليد الشلاء باليد الشلاء ؟ والرجل الشلاء بالرجل الشلاء ؟ فيه وجهان

(أحدهما) يجوز لأنهما متماثلان (والثانى) لا يجوز لأن الشلل علة ، والعلل يختلف تأثيرها فى البدن فلا تتحقق المماثلة بينهما ولا يتصور الوجهان إلا إذا قال أهل الخبرة إنه لا يخاف على الجانى ، واتخذ الأطباء أسباب الوقاية من

تلوث الدم أو حدوث نزيف فيه يفضى الى وقف القلب عن النبض . فإذا لم يمكن الاحتياط وخيف على الجانى فلا يجوز القصاص وجهاً واحدا على ما مضى فى أخذ الشلاء بالصحيحة

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) ولا تؤخذ يد كاملة الاصابع بيد ناقصة الاصابع ، فان قطع من له خمس أصابع كف من له أربع أصابع ، أو قطع من له ست أصابع كف من له خمس أصابع ، لم يكن للمجنى عليه أن يقتص منه لأنه يأخذ أكثر من حقه وله أن يقطع من أصابع الجانى مثل أصابعه لأنها داخلة فى الجناية ويمكن استيفاء القصاص فيها . وهل يدخل أرش ما تحت الأصابع من الكف فى القصاص؟ فيه وجهان (أحدهما) يدخل كما يدخل فى ديتها (والثانى) وهو قول أبى اسحاق انه لا يدخل بل يأخذ مع القصاص الحكومة لما تحتها ، والفرق بين القصاص والدية أن الكف يتبع الاصابع فى الدية ولا يتبعها فى القصاص ، ولهذا لو قطع أصابعه وتآكل منها الكف واختار الدية لم يلزمه أكثر من دية الاصابع ، ولو طلب القصاص قطع الاصابع وأخذ الحكومة فى الكف ، وتؤخذ يد ناقصة الاصابع بيد كاملة الأصابع ، فان قطع من له أربع أصابع كف من له خمس أصابع ، أو قطع من له خمس أصابع كف من له ست أصابع فللمجنى عليه أن يقتص من الكف ويأخذ دية الاصبع الخامسة أو الحكومة فى الاصبع السادسة لأنه وجد بعض حقه وعدم البعض ، فأخذ الموجود وانتقل فى المعدوم الى البدل ، كما لو قطع عضوين ووجد أحدهما

(فصل) ولا يؤخذ أصلى بزائد ، فان قطع من له خمس أصابع أصلية كف من له أربع أصابع أصلية وأصبع زائدة لم يكن للمجنى عليه أن يقتص من الكف لأنه يأخذ أكثر من حقه ، ويجوز أن يقتص من الاصابع الأصلية لأنها داخلة فى الجناية ، ويأخذ الحكومة فى الأصبع الزائدة وما تحت الزائدة من الكف يدخل فى حكومتها . وهل يدخل ما تحت الأصابع التى اقتص منها فى قصاصها ؟ على الوجهين ، ويجوز أن يأخذ الزائد بالاصلى ، فان قطع من له أربع أصابع أصلية

وأصبع زائدة كف من له خمس أصـــابع أصلية ، فللمجنى عليه أن يقتص من الكف لأنه دون حقه ولا شيء له لنقصان الأصبع الزائدة ، لأن الزائدة كالأصلية في الخلقة . وإن كان لكل واحد منهما أصبع زائدة نظرت فإن لم يختلف محلهما أخذ إحداهما بالأخرى لأنهما متساويان . وإن اختلف محلهما لم تؤخذ إحداهما بالأخرى لأنهما مختلفان في أصل الخلقة .

(الشرح) إذا كان لرجل يد لها ستة أصابع فقطع كف رجل لها خمس أصابع نظرت في الأصبع الزائدة للجاني ، فإن كانت خارجة عن عظم الكف كان للمجنى أن يقتص من كف الجاني ، لأنه يمكنه أن يأخذ مثل كفه من غير أن يتناول الزائدة وإن كانت ثابتة على الكف أو ملتزقة بإحدى الأصابع أو على احدى أصابع اليد لم يكن له أن يقتص من الكف لأنه يأخذ أكثر من حقه فيكون المجنى بالخيار بين أن يأخذ دية يده وبين أن يقتص من الاصابع الخمس اذا كانت الزائدة على سن الاصابع غير ملتزقة بواحدة منهن ولا نابتة على إحداهن ، فإذا اقتص منها فهل يتبعها ما تحتها من الكف في القصاص ؟ فيه وجهان

(أحدهما) يتبعها كما يتبعها في ديتها

(والثاني) لا يتبعها ، بل يأخذ مع القصاص الحكومة ، لأن الكف تتبع الأصابع في الدية ، ولا تتبعها في القصاص ، ولهذا لو قطع أصابعه فتآكل منها الكف واختار الدية لم يلزمه أكثر من دية الأصابع . ولو طلب القصاص قطعت الاصابع وأخذ الحكومة في الكف . وان كانت الاصبع الزائدة نابتة على أنملة من الاصابع الخمس ، فليس للمجنى عليه أن يقتص من الكف ، وله أن يقتص من الاصابع التي ليس عليها الزائدة

وأما الأصبع التي عليها الزائدة — فإن كانت على الأنملة العليا لم يكن له أن يقتص منها ، وان كانت على الوسطى فله أن يقتص من الأنملة العليا ، ويجب له ثلثا دية أصبع ، وان كانت على الانملة السفلى فله أن يقتص من الانملتين العلويتين وله ثلث دية أصبع ويتبعها ما تحتها من الكف ، وهل يتبع ما تحت الاصابع الأربع ما تحتها من الكف في القصاص ؟ على الوجهين

وان قطع من له خمس أصابع كف يد لها أربع أصابع لم يكن له أن يقتص من الكف لأنه يأخذ أكثر من حقه ، وله أن يقتص من أصابع الجانى الاربع المماثلة لأصابعه المقطوعة ، وهل يتبعها ماتحتها من الكف فى القصاص ؟ أو يجب له مع ذلك حكومة ؟ على الوجهين .

(فرع) اذا كان لرجل كف فيه خمس أصابع أصلية فقطع كف يد فيه أربع أصابع أصلية وأصبع زائدة ، وانما يحكم بأنها زائدة اذا كانت مائلة عن بقية الاصابع ضعيفة ، فليس للمجنى عليه أن يقتص من كف الجانى لأنه ليس له أن يأخذ أكمل من يده ، فإن اختار الأرش كان له دية الاربع الاصابع الاصلية وحكومة فى الزائدة وان أراد أن يقتص من الاربع الاصابع الاصلية كان له ذلك ويأخذ مع ذلك حكومة فى الزائدة ويتبعها ماتحته من الكف فى الحكومة ، وهل يتبع ماتحت الاصابع الاصلية ماتحتها من الكف فى القصاص؟ أو يجب له فيه حكومة على الوجهين . وان قطع كفاً له خمس أصابع أصلية ويد القاطع لها أربع أصابع أصلية وأصبع زائدة فإن اختار المجنى عليه أن يقطع كف الجانى كان له ذلك ، لأنه أنقص من كفه .

قال المزنى فى جامعه . انما يجوز له ذلك اذا كانت الزائدة فى محل الاصلية . فأما اذا كانت فى غير محلها فليس له أخذها وهذا صحيح وكذلك اذا كانت الزائدة أكثر أنامل لم يؤخذ بالاصلية . وان قطع يداً وعليها أصبع زائدة وللقاطع يد عليها أصبع زائدة فإن اتفق محل الزائدتين وقدرهما كان للمجنى عليه أن يقتص من الكف لتساويهما ، وان اختلفا فى المحل لم يكن له أن يقتص من الكف لأنه يأخذ أكثر من حقه ، وان كانت أقل أنامل كان له أن يقتص ويأخذ فى الزيادة الحكومة

وبكل ما قلنا قال العلماء كافة الا ما ذكرناه من خلاف داود بن على

قال المصنف رحمه الله تعالى :

﴿ فصل ﴾ وان قطع من له يد صحيحة كف رجل له أصبعان شلاوان لم يقتص منه فى الكف لأنه يأخذ كاملا بناقص ويجوز أن يقتص فى الاصابع الثلاث الصحيحة لأنها مساوية لأصابعه ويأخذ الحكومة فى الشلاوين لأنه

لا يجد ما يأخذ به ويدخل فى حكومة الشلاوين أرش ما تحتهما من الكف وهل يدخل أرش ما تحت الثلاثة فى قـ اصها على الوجهين .

(فصل) ولا تؤخذ يد ذات أظفار بيد لا أظفار لها لأن اليد بلا أظفار ناقصة فلا تؤخذ بها يد كاملة وتؤخذ يد لا أظفار لها بيد لهـا أظفار لأنه يأخذ بعض حقه .

(فصـل) فإن قطع أصبع رجل فتآكل منه الكف وجب القصاص فى الأصبع ، لأنه أتلفه بجناية عمد ، ولا يجب فى الكف ، لأنه لم يتلفه بجناية عمد لأن العمد فيه أن يباشره بالاتلاف ولم يوجد ذلك ويجب عليه دية كل أصبع من الأصابع لأنها تلفت بسبب جنايته ويدخل فى دية كل أصبع أرش ما تحته من الكف لأن الكف تابع للاصابع فى الدية وهل يدخل ما تحت الاصابع التى اقتص منها فى قصاصها على الوجهين

(الشرح) إذا قطع كفا له ثلاث أصابع صحيحة وأصبعان شلاً وإن وكان كف القاطع صحيحة الاصابع فليس للمجنى عليه أن يقتص من الكف لانه يأخذ أكمل من يده ، وان رضى الجانى بذلك لم يجز لأن القصاص لم يجب فيها فلم يجز بالبدل كما لو قتل حر عبـداً ورضى أن يقتل به ، وللمجنى عليـه أن يقتص من الأصابع الثلاث الصحيحة ، فإذا اقتص منهـا فهل يتبعها ما تحتها من الكف فى القصاص ؟ أو تجب فيها الحكومة ؟ فيه وجهان .

وأما الاصبعان الشلاوان فله فيهما حكومة ، وان كانت كف المقطوع صحيحة الأصابع وكف القاطع فيها أصبعان شلاوان فالمجنى عليه بالخيـار بين أن يأخذ دية يده وبين أن يقتص من كف الجانى ، لانها أنقص من كفه ، ولا شىء للمجنى عليه لنقصان كف الجانى بالشلل ، أما إذا اختار الدية فله دية يده لا نعلم فيه خلافا لأنه عجز عن استيفاء حقه على الكمال بالقصاص فكانت له الدية كما لو لم يكن للقاطع يد ، وهذا قول أبى حنيفة ومالك وأحمد .

وان قطع كفا له خمس أصابع وكف القاطع فيها ثلاث أصابع لا غير وأصبعان مفقودان فللمجنى عليه أن يقتص من كف الجانى ويأخـذ منه دية الأصبعين ،

وقال أبو حنيفة : هو بالخيار بين أن يأخذ دية يده وبين أن يقتص من يد الجانى ولا شيء له . دليلنا قوله تعالى (فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم) ويد الجانى ليست مثل يد المجنى عليه ، ولأنه استوفى بعض حقه فكان له أرش ما لم يستوفه كما لو قطع له أصبعين ولم يجد له إلا واحدة .

(فرع) وإن قطع ذو يد لها أظفار يد من لا أظفار له لم يجز القصاص لأن الكاملة لا تؤخذ بالناقصة ، فإن سقطت أظافره قطعت ولو لم يكن لواحد منهما أظافر حالة القطع يقتص منه ، فلو ثبت للقاطع أظافر قبل أن يقتص منه لا يقتص لطروء الزيادة ، ويجوز أن يأخذ اليد التى لا أظفار لها باليد التى لها أظفار ، لأنها أنقص من يده .

(فرع) وإن قطع أنملة لها طرفان — فإن كانت أنملة القاطع لها طرفان من تلك الأصبع بتلك اليد فللمجنى عليه قطعها لأنها مثل حقه ، وإن كانت أنملة القاطع لها طرف واحد فللمجنى عليه أرش الأنملة ، فإن قال المجنى عليه أنا أصبر على القصاص إلى أن تسقط الأنملة الزائدة وأقتص فى الأصلية — كان له ذلك ، لأن له تأخير القصاص . هذا ترتيب البغداديين كما أفاده صاحب البيان

وقال المسعودى : إن علمت الاصلية منهما قطعت إحداهما ويغرم الجانى التفاوت ما بين سدس دية أصبع وثلثها

(فرع) وإن قطع أنملة من سبابة رجل وقطع الأنملة الوسطى من تلك الاصبع من رجل آخر — فإن جاء المجنى عليهما — قطعت العليا لصاحب العليا وقطعت الوسطى لصاحب الوسطى ، وإن جاء صاحب الوسطى أولا وطلب القصاص لم يكن له ذلك ، لأنه لا يمكن قطعها من غير قطع العليا ، ويكون بالخيار بين أن يأخذ دية الأنملة وبين أن يصبر إلى أن يقتص صاحب العليا لو سقط بأكلة — وهى ما تسمى بالغنغرينة — وهكذا إن عفا صاحب العليا عن القود ولم يقطع الأنملة العليا من إنسان لكن قطع الانملة الوسطى من رجل وجاء صاحب الوسطى يطلب النقصان وللجانى الأنملة العليا والوسطى ، فللمجنى عليه أن يصبر الى أن تقطع العليا أو تسقط ثم يقتص من الوسطى .

وقال أبو حنيفة لا قصاص له لأنه حين قطعها لم يجب القصاص عليه فيها

لتعذر استيفائها ، فإذا لم تجب حال الجناية لم تجب بعد ذلك . دليلنا أن القصاص إنما تعذر لمتصل به ، فإذا زال ذلك المتصل كان له استيفاء القصاص كما لو قتلت حامل غيرها ثم ولدت - فإن لم يصبر صاحب الوسطى وقطع الوسطى والعليا فقد فعل ما لا يجوز له على المقتص منه فيجب عليه ديتها ، وقد استوفى القصاص فى الوسطى ، فإن قطع العليا من أصبع زيد ، وقطع العليا والوسطى من تلك الأصبع من عمرو ، فإن حضرا معاً وطلبا القصاص اقتص زيد من العليا لأنه أسبق واقتص عمرو من الوسطى وأخذ دية العليا . وكذلك إن حضر زيد وحده فله أن يقتص من العليا ، وإن حضر عمرو فليس له أن يقتص لأن حق زيد تعلق فى العليا قبله ، وإن خالف واقتص من العليا والوسطى فقد أساء بذلك ، ولكنه يصير مستوفياً لحقه ، ويكون لزيد دية الانملة العليا على الجانى .

(فرع) ذكر الطبرى فى العدة : لو كان للمجنى عليه أربع أنامل فى أصبع فله أربعة أحوال :

أحدها : أن يقطع من له ثلاث أنامل أنملة من الاربع فلا قصاص عليه . وان قطع أنملتين من الاربع قطع من الجانى أنملة ويغرم الجانى التفاوت فيما بين النصف والثلث من دية الأصبع ، وان قطع له ثلاث أنامل قطع منه أنملتين ويغرم ما بين ثلثى دية أصبع وبين ثلاثة أرباع ديتها ، وإن قطع له أربع أنامل قطعت أنامل القاطع الثلاث ووجب عليه مع ذلك زيادة حكومة ، فأما اذا كان للقاطع أربع أنامل وللمقطوع ثلاث أنامل فله ثلاثة أحوال ، ان قطعت أنملة منه قطعت أنملة منه ويغرم الجانى ما بين ثلث دية أصبع وبين ربعها ، وهو خمسة أسداس بعير ، وان قطع أنملتين قطع منه أنملتين ويغرم التفاوت بين نصف دية الاصبع وثلثيها . وان قطع جميع أنامله قطع منه ثلاث أنامل ويغرم التفاوت بين ثلاثة أرباع دية الاصبع وجميع ديتها - وهو بعيران ونصف - فعلى هذا لو بادر فقطع أصبعه عزر ولا شىء عليه من الدية . وفيه وجه أن له قطع أصبعه بخلاف اليد التى لها ست أصابع ، لأن تلك الزيادة ظاهرة فى منفصلات كاليدين .

(مسألة) إذا قطع أصبع رجل فتآ كل منها الـكف وسقط فللمجنى عليـه القصاص للأصبع المقطوعة وله دية الأصابع الأربع وما تحت الأصابع الأربع من الـكف يتبعها فى الدية وما تحت الأصبع التى اقتص فيهـــا ، هل يتبعها فى القصاص أو يجب له حكومة ؟ فيه وجهان . هذا مذهبنا وقال أبوحنيفة : لايجب له القصاص فى الأصبع المقطوعة

دليلنا قوله تعالى (والجروح قصاص) وقوله تعالى (فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم) وقد اعتدى بقطع الأصبع فوجب أن يقطع منه . ولأنها جناية لو لم يستوجب فيها القصاص فوجب إذا سرت إلى الاقتصاص فيه أن لا يسقط القصاص كالمرأة إذا قطعت يد المرأة فأسقطت جنيناً فلا يسقط القصاص فى اليـد .

(فرع) قال القفال : لو كان له قدمان على ساق واحد يمشى عليها أو يمشى على إحداهما والاخرى زائلة عن سنن منبت القدم فقطعها رجل له قدم قطعت رجله وطولب بحكومة للزيادة ، وإن قطع إحداهما ــ فإن قطع الزائدة ــ فعليه حكومة ، وإن استويا فى المنبت وكان يمشى عليها ففى المقطوعة ربع الدية وزيادة حكومة ، وإن كان الجانى هو صاحب القدمين ــ فإن عرفنا الزائدة من الاصلية وأمكن قطعها من غير أن تتلف الزائدة ــ قطعت وان لم تعرف أو عرفت ؛ ولا يمكن قطعها الا بإتلاف الاخرى لم تقطع وعليه دية الرجل المقطوعة

قال المصنف ـــ رحمه الله تعالى :

﴿ فصـل ﴾ وتؤخذ الإليتان بالاليتين وهما الناتئتان بين الظهر والفخذ . وقال بعض أصحابنا لا تؤخذ ، وهو قول المزنى رحمة الله عليه لأنه لحم متصل بلحم فأشبه لحم الفخذ ، والمذهب الاول لقوله تعالى (والجروح قصاص) ولانهما ينتهيان الى حد فاصل فوجب فيهما القصاص كاليدين

﴿ فصل ﴾ ويقطع الذكر بالذكر لقوله تعالى والجروح قصاص ، ولأنه ينتهى الى حـد فاصل يمكن القصاص فيه من غير حيف فوجب فيه القصاص ويؤخذ بعضه ببعضه .

وقال أبو إسحاق : لا يؤخذ بعضه ببعض كما قال فى اللسان والمذهب الأول لأنه إذا أمكن القصاص فى جميعه أمكن فى بعضه ، ويؤخذ ذكر الفحل بذكر الخصى لأنه كذكر الفحل فى الجماع وعدم الانزال لمعنى فى غيره ، ويقطع الاغلف بالمختون لأنه يزيد على المختون بجلدة يستحق إزالتها بالختان ، ولا يؤخذ صحيح بأشل لأن الاشل ناقص بالشلل فلا يؤخذ به كامل

(فصل) ويقطع الانثيان بالانثيين لقوله تعالى (والجروح قصاص) ولأنه ينتهي إلى حد فاصل يمكن القصاص فيه فوجب فيه القصاص . فإن قطع إحدى الانثيين وقال أهل الخبرة إنه يمكن أخذها من غير إتلاف الاخرى اقتص منه ، وإن قالوا انه يؤدى قطعها الى اتلاف الأخرى لم يقتص منه ، لأنه يقتص من أنثيين بواحدة

(الشرح) قول المصنف رضى الله عنه « وتؤخذ الاليتان بالاليتين » وهما اللحمان الناتئان بين الظهر والفخذين وقد صنعهما الله تعالى كالمخدتين لحماية ما تحتهما من مفاصل الفخذ والحقو وفتحة الدبر وعجب الذنب ومنبت الفقرات الظهرية ، وهما كالمقعد يعتمد عليهما الانسان فى قعوده فتبارك الله أحسن الخالقين ، فكان على من حرم أخاه هذه النعمة أن يحرم منها قصاصا . هذا ومن أصحابنا من قال لا تؤخذ ، وهو قول المزنى لأنه لحم متصل بلحم فأشبه لحم الفخذين ، والمذهب الأول لأنهما ينتهيان الى حد فاصل فهما كاليدين

(مسألة) يقطع الذكر بالذكر لقوله تعالى « والجروح قصاص » ولأنه عضو ينتهي الى مفصل فوجب فيه القصاص كاليد

إذا ثبت هذا فيقطع ذكر الرجل بذكر الصبى ، ويقطع ذكر الشاب بذكر الشيخ لأن كل عضو جرى القصاص فيه بين الرجل والرجل جرى فيه القصاص بين الصبى والرجل كاليد والرجل ، ويقطع ذكر الفحل بذكر الخصى والعنين . وقال مالك وأحمد رضى الله عنهما لا يقطع به

ولنا أنهما متساويان فى السلامة ، وانما عدم الانزال والجماع لمعنى فى غيره فلم يمنع القصاص ، كأذن السميع بأذن الأصم ، ولا يقطع الذكر الصحيح

بالذكر الاشل لأنه لا يساويه ، مثل أن كان لا ينمو بنمو صاحبه فبقي كما هو ، فلو شل وصاحبه فى العاشرة من عمره اوقف نموه ولا ينتصب ولا يجامع وقد تنسد فتحته فلا يبول ويعمل له الاطباء فتحة أخرى يبول منها فمثل هذا لا يقطع به ذكر سليم ، وان قطع بعض ذكره اقتص منه

وقال أبو اسحاق لا يقتص منه كما قال فى اللسان ، والاول أصح ، لأنه اذا أمكن فى جميعه أمكن فى بعضه ؛ فعلى هـذا يعتبر المقطوع بالحد كالنصف والثلث والربع كما قلنا فى الاذن والانف .

قال الشافعى : ويقاد ذكر الاغلف بذكر المختون ، كما تقطع اليـد السمينة بالمهزولة ، ولأن تلك الجلدة مستحقة بالقطع فلا يمنع من القصاص

(فرع) وان قطع أنثييه اقتص منه لقوله تعالى « والجروح قصاص » ولانه طرف يمكن اعتبار المماثلة فى أخذ القصاص به فشابه سائر الاطراف ، فإن قطع احدى أنثييه قال الشافعى رضى الله عنه : سألت أهل الخبرة — فإن قالوا يمكن أن يقتص من احـدى البيضتين من القاطع ولا تتلف الاخرى — اقتص منه ، وان قيل تتلف الاخرى لم يقتص منه — لأنه لا يجوز أخذ اثنتين بواحـدة — ويجب له نصف الدية . وهل يتبعها جلدتها أو تفرد بحكم ؟ فيه وجهان حكاهما فى الفروع .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

﴿ فصل ﴾ واختلف أصحابنا فى الشفرين ، فمنهم من قال لا قصاص فيهما . وهو قول الشيخ أبى حامد الاسفراينى رحمه الله لأنه لحم وليس له مفصل ينتهى اليه فلم يجب فيه القصاص كلحم الفخذ . ومنهم من قال يجب فيه القصاص ، وهو المنصوص فى الأم ، لأنهما لحمان محيطان بالفرج من الجانبين يعرف انتهاؤهما فوجب فيهما القصاص .

﴿ فصل ﴾ وان قطع رجل ذكر خنثى مشكل وأنثييه وشفريه وطلب حقه قبل أن يتبين حاله أنه ذكر أو أنثى نظرت فإن طلب القصاص لم يكن له لجواز أن يكون امرأة فلا يجب لها عليه فى شىء من ذلك قصاص ، وان طلب المال

نظرت فإن عفا عن القصاص أعطى أقل حقيه وهو حق امرأة ، فيعطى دية عن الشفرين وحكومة فى الذكر والأنثيين ، فإن بان أنه امرأة فقد استوفت حقها وإن بان أنه رجل تمم له الباقى من دية الذكر والأنثيين وحكومة عن الشفرين ، فإن لم يعف عن القصاص وقف القصاص الى أن يتبين لأنه يجوز أن يكون امرأة فلا يجب عليه القصاص .

وأما المال ففيه وجهان (أحدهما) وهو قول أبى على بن أبى هريرة أنه لا يعطى لأن دفع المال لا يجب مع القود وهو مطالب بالقود فسقطت المطالبة بالمال . والوجه الثانى وهو قول أكثر أصحابنا أنه يعطى أقل ما يستحق مع القود لأنه يستحق القود فى عضو والمال فى غيره فلم يكن دفع المال عفواً عن القود فيعطى حكومة فى الشفرين ويوقف القود فى الذكر والانثيين

وقال القاضى أبو حامد المروروذى فى جامعه : يعطى دية الشفرين . وهذا خطأ ، لأنه ربما بان أنه رجل فيجب القود فى الذكر والانثيين ، والحكومة فى الشفرين .

(الشرح) هـذا البحث قائم على سؤال : هل يجب القصاص فى الشفرين ؟ وهما اللحم المحيط بالفرج ، فيه وجهان (أحدهما) يجب . لقوله تعالى « والجروح قصاص» ولأنهما لحمان محيطان بالفرج من الجنبين يعرف انتهاؤهما فوجب فيهما القصاص (والثانى) لا يجب ، وهو قول الشيخ أبى حامد لأنه لحم وليس له مفصل ينتهى اليه فلم يجب فيه القصاص كلحم الفخذ ، والاول هو المنصوص فى الأم .

(فرع) إذا قطع قاطع ذكر خنثى مشكل وأنثييه وشفريه فلا يخلو القاطع إما أن يكون رجلا أو امرأة أو خنثى مشكلا — فإن كان القاطع رجلا — لم يجب عليه القصاص فى الحال لجواز أن يكون الخنثى امرأة والذكر والانثيان فيه زائدات ، فلا تؤخذ الاصليان بالزائدين . وقيل له أنت بالخيار بين أن تصبر الى أن يبين حالك فيجب لك القصاص إن بان أنك رجل ، وبين أن تعفو وتأخذ المال . فإن قال أعطونى ما وجب لى من المال نظرت — فإن عفا عن القصاص

فى الذكر والانثيين ، أو لم يكن للجانى ذكر ولا أنثيين إن كان قد قطعا . قال أصحابنا البغداديون : فإنه يعطى دية الشفرين ، وحكم الذكر والأنثيين لا يبلغ ديتها لأنه يستحق ذلك بيقين ويشك فى الزيادة .

وإن قال : لا أقتص ولا أعفو عن القصاص وطلب المال فهل يعطى شيئا ؟ فيه وجهان . قال أبو على بن أبى هريرة . لا يعطى لأنه مطالب بالقود ، ولا يجوز أن يأخذ المال وهو مطالب بالقود . وقال أكثر أصحابنا يعطى ، وهو الاصح لأنه يستحقه بيقين، فاذا قلنا بهذا فكم القدر الذى يعطى؟ اختلف أصحابنا فيه فقال القفال يعطى حكومة فى الشفرين لأنه يستحق ذلك بيقين وقال القاضى أبو حامد : يعطى دية الشفرين ؛ لأنا لا نتوهم وجوب القصاص فيهما . ومن أصحابنا الخراسانيين من قال يعطى أقل الحكومتين فى آلة الرجال أو آلة النساء . لأن ذلك هو اليقين . ومن أصحابنا من قال : يعطى الحكومة فى الذى قطعه آخر . والاول أصح .

وان كان القاطع امرأة — فإن قلنا بقول الشيخ أبى حامد وأنه لا قصاص فى الشفرين — فإنا لا نتوهم وجوب القصاص ، فيعطى حكومة فى آلة الرجل وحكومة فى آلة النساء ، فإن بان رجلا تمم له دية الذكر والانثيين وحكومة الشفرين ، وإن بان امرأة تمم له دية الشفرين وحكومة للذكر والأنثيين . وان قلنا بالمنصوص وأنه يجب القصاص فيهما فإنه لا يجب للخنثى القصاص فى الحال لجواز أن يكون رجلا فلا يجب القصاص على المرأة فى الفرج الزائد ، فإن طلب المال نظرت — فإن عفا عن القصاص أو لم يعف ولكن ليس للقاطعة شفران فعلى قول البغداديين من أصحابنا يعطى دية الشفرين وحكومة عن الذكر والانثيين فإن بان امرأة فقد استوفت حقها وان بان رجلا تمم له دية الذكر ودية الانثيين وحكومة الشفرين ، وعلى قول الخراسانيين يعطى حكومة للشفرين وحكومة للذكر والانثيين .

وان لم يعف عن القصاص وكان للقاطعة شفرتان فعلى قول أبى على بن هريرة لا يعطى وعلى قول أكثر أصحابنا يعطى ، فإذا قلنا بهذا فكم يعطى ؟ وعلى قول القفال يعطى حكومة فى الذكر والانثيين وعلى قول القاضى أبى حامد يعطى دية الذكر

والأنثيين ، وعلى قول بعض أصحابنا الخراسانيين يعطى أقل الحكومتين فى آلة الرجال وآلة النساء ، وإن كان القاطع خنثى مشكلا فإنه لا يجب القصاص فى الحال لأنا لا نتيقن عين الزائد من الإليتين فيهما ولا عين الأصلى ، فلو أوجبنا القصاص فى الحال لم نأمن أن يأخذ أصلياً بزائد وذلك لا يجوز ، فإن طلب حقه من المال نظرت — فإن عفا عن القصاص — قال أصحابنا البغداديون : أعطى دية الشفرين وحكومة للذكر والاليتين لأنه يستحق ذلك بيقين

وقال الخراسانيون : يعطى الحكومة فى الذكر والأنثيين والشفرين ، وان لم يعف عن القصاص فهل يعطى شيئا ؟ إن قلنا بقول على بن أبى هريرة لا يعطى شيئا إذا كان القاطع رجلا أو امرأة فههنا أولى أن لا يعطى . وإن قلنا هناك يعطى فها هنا وجهان :

(أحدهما) لا يعطى وهو قول القفال لأن القصاص متوهم فى جميع الآلات

(والثانى) يعطى أقل الحكومتين فى آلة الرجال والنساء ، والصحيح أنه لا يعطى شيئا .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

﴿ فصل ﴾ وما وجب فيه القصاص من الاعضاء وجب فيه القصاص ، وان اختلف العضوان فى الصغر والكبر والطول والقصر والصحة والمرض ، لأنا لو اعتبرنا المساواة فى هذه المعانى سقط القصاص فى الاعضاء ، لأنه لا يكاد أن يتفق العضوان فى هذه الصفات فسقط اعتبارها

﴿ فصل ﴾ وما انقسم من الأعضاء الى يمين ويسار كالعين واليد وغيرهما لم تؤخذ اليمين فيه باليسار ولا اليسار باليمين ، وما انقسم الى أعلى وأسفل كالشفة والجفن لم يؤخذ الأعلى بالأسفل ولا الأسفل بالأعلى ، ولا يؤخذ سن بسن غيرها ولا أصبع بأصبع غيرها ولا أنملة بأنملة غيرها لأنها جوارح مختلفة المنافع والاماكن فلم يؤخذ بعضها ببعض ، كالعين بالانف واليد بالرجل وما لا يؤخذ

بعضه ببعض بما ذكرناه لا يؤخــذ : وان رضى الجانى والمجنى عليه ، وكذلك ما لا يؤخذ من الأعضاء الكاملة بالأعضاء الناقصة ، كالعين الصحيحة بالقائمة ، واليد الصحيحة بالشلاء ، لا يؤخذ وإن رضى الجانى والمجنى عليه بأخذها ، لأن الدماء لا تستباح بالاباحة .

(فصل) وإن جنى على رجل جناية يجب فيها القصاص ثم قتله وجب القصاص فيهما لأنهما جنايتان يجب القصاص فى كل واحدة منهما ، فوجب القصاص فيهما عند الاجتماع كقطع اليد والرجل

(الشرح) كل عضو وجب فيه القصاص فإنه يجب فيه ، وان اختلف العضوان فى الصغر والكبر ، والصحة والمرض ، والسمن والهزال ، لقوله تعالى (والعين بالعين والاذن بالاذن والسن بالسن) ولم يفرق ، ولأنا لو اعتبرنا هذه الاشياء لشق وضاق فسقط اعتباره كما سقط اعتبار ذلك فى النفس ، وما كان من الأعضاء منقسما إلى يمين ويسار كالعينين والاذنين واليدين والرجلين لا يجوز أخذ اليمنى منه باليسرى ولا اليسرى منه باليمنى . وقال ابن شبرمة يجوز .

ولنا أن كل واحد منهما يختص باسم ينفرد به فلا يؤخذ بغيره ، كما لا يؤخذ اليد بالرجل ، وكذا لا يؤخذ الجفن الأعلى بالجفن الأسفل ، ولا العكس ، وكذلك الشفتان مثله ، ولا يؤخذ سن بسن غيرها ، ولا أصبع بأصبع غيرها ، ولا أنملة بأنملة غيرها ، كما لا تؤخذ نفس بجناية نفس غيرها ، ولا يؤخذ أى شىء من ذلك وإن رضى كل من الجانى والمجنى عليه ، وكذلك إذا رضى الجانى بأن يؤخذ العضو الكامل بالناقص ، والصحيح بالاشــل ، لم يجز لأن الدماء لا تستباح بالاباحة

(مسألة) إذا قطع يد رجل ثم عاد فقتله كان له أن يقطع يده ثم يقتله ، وبه قال أبو حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد : ليس له إلا القتل . دليلنا قوله تعالى (فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم) وهذا قد اعتدى بقطع اليد فلم يمنع من قطع يده ، ولأنهما جنايتان يجب القصاص فى كل واحدة منهما إذا انفردت فوجب القصاص فيهما عند الاجتماع كقطع اليد والرجل

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن قتل واحد جماعة أو قطع عضواً من جماعة لم تتداخل حقوقهم لأنها حقوق مقصودة لآدميين فلم تتداخل كالديون ، فإن قتل أو قطع واحداً بعد واحد اقتص منه للأول ، لأن له مزية بالسبق ، وإن سقط حق الاول بالعفو اقتص للثانى ، وان سقط حق الثانى اقتص للثالث ، وعلى هذا . وإذا اقتص منه لواحد بعينه تعين حق الباقين فى الدية ، لأنه فاتهم القود بغير رضاهم ، فانتقل حقهم الى الدية ، كما لو مات القاتل أو زال طرفه ، وإن قتلهم أو قطعهم دفعة واحدة أو أشكل الحال أقرع بينهم فمن خرجت له القرعة اقتص له لأنه لا مزية لبعضهم على بعض فقدم بالقرعة كما قلنا فيمن أراد السفر ببعض نسائه ، فإن خرجت القرعة لواحد فعفا عن حقه أعيدت القرعة للباقين لتساويهم وإن ثبت القصاص لواحد منهم بالسبق أو بالقرعة فبـــدر غيره واقتص صار مستوفياً لحقه . وإن أساء فى التقدم على من هو أحق منه ، كما قلنا فيمن قتل مرتداً بغير إذن الإمام أنه يصير مستوفياً لقتل الردة ، وإن أساء فى الافتيات على الامام . وإن قتل رجل جماعة فى المحاربة ففيه وجهان (أحدهما) أن حكمه حكم ما لو قتلهم فى غير المحاربة (والثانى) أنه يقتل بالجميع لأن قتل المحاربة لحق الله تعالى ، ولهذا لا يسقط بالعفو فتداخل كحدود الله تعالى

(فصل) وإن قطع يد رجل وقتل آخر قطع للمقطوع ثم قتل للمقتول تقدم القطع أو تأخر ، لأنا إذا قدمنا القتل سقط حق المقطوع ، واذا قدمنا القطع لم يسقط حق المقتول ، وإذا أمكن الجمع بين الحقين من غير نقص لم يجز إسقاط أحدهما ، ويخالف إذا قتل اثنين لأنه لا يمكن إيفاء الحقين فقدم السابق ، وإن قطع أصبعاً من يمين رجل ثم قطع يمين آخر قطع الاصبع للأول ثم قطعت اليد للثانى ويدفع اليه أرش الاصبع ، ويخالف إذا قطع ثم قتل حيث قلنا إنه يقطع للأول ويقتل للثانى ولا يلزمه لنقصان اليد شىء لأن النفس لا تنقص بنقصان اليد ، ولهذا يقتل صحيح اليد بمقطوع اليد ، واليد تنقص بنقصان الاصبع ، ولهذا لا تقطع اليد الصحيحة بيد ناقصة الاصابع .

وان قطع يمين رجل ثم قطع أصبعاً من يد رجل آخر قطعت يمينه للأول لأن حقه سابق ، ويخالف إذا قتل رجل ثم قطع يد آخر حيث أخرنا القتل ، وإن كان سابقا ، لأن هناك يمكن إيفاء الحقين من غير نقص يدخل على ولى المقتول بقطع اليد ، وههنا يدخل النقص على صاحب اليد بنقصان الأصبع .

﴿ فصل ﴾ وإن قتل رجلا وارتد ، أو قطع يمين رجل وسرق ، قُدم حق الآدمى من القتل والقطع ، وسقط حق الله تعالى ، لأن حق الآدمى مبنى على التشديد ، فقدم على حق الله تعالى

(الشرح) إذا قتل واحد جماعة قتل بواحد وأخذ الباقون الدية ، وقال أبو حنيفة ومالك يقتل بالجماعة — فإن بادر واحد وقتله — سقط حق الباقين ، وبه قال أصحابنا الخراسانيون .

وقال أحمد رحمه الله : إن طلبوا القصاص قتل لجماعتهم ، وان طلب بعضهم القصاص وبعضهم الدية قتل لمن طلب القصاص وأعطى الدية من طلبها . وقال عثمان البتى : يقتل بجماعتهم ثم يعطون الدية فى باقيهم فيقسمونها بينهم ، مثل أن يقتل عشرة ، فإنه يقتل ويعطون تسع ديات ويقسمونها بين العشرة . دليلنا قوله صلى الله عليه وسلم « فمن قتل بعده قتيلا فأهله بين خيرتين إن أحبوا قتلوا ، وإن أحبوا أخذوا الدية » ولأنها حقوق مقصودة لآدميين يمكن استيفاؤها فوجب أن لا يتداخل كالديون

وقولنا مقصودة إحتراز من آجال الدين . وقولنا لآدميين احتراز من حقوق الله تعالى وهى الحدود فى الزنا وشرب الخمر

إذا ثبت هذا فإن قتل واحداً بعد واحد اقتص للأول ، فإن عفا الأول اقتص للثانى ، وان عفا الثانى اقتص للثالث . وان كان ولى الاول غائبا أو صغيرا انتظر قدوم الغائب وبلوغ الصغير . وان قتلهم دفعة واحدة بأن هدم عليهم بيتاً أو جرحهم فماتوا معاً أقرع بينهم ، فمن خرجت له القرعة قتل به وكان للباقين الدية . وقال بعض أصحابنا الخراسانيين : يقتل بالجميع ويرجع كل واحد من الاولياء بحصته من الدية . وإن قتلهم واحداً بعد واحد إلا أنه أشكل الاول منهم

فإن أقر القاتل لأحدهم أنه الاول قبل إقراره وقتل به ، وان لم يقر أقرعنا بينهم لاستواء حقوقهم ، فإن بادر أحدهم وقتله فقد استوفى حقه وانتقل حق الباقين إلى الدية .

وحكى الخراسانيون من أصحابنا أنه اذا قتل واحداً بعد واحد ، وكان ولى الاول غائبا أو مجنونا أو صغيراً قولين: أحدهما يستوفى ولى الثانى والثانى لا يستوفى بل ينتظر حضور الغائب وإفاقة المجنون وبلوغ الصغير . وإن قتل جماعة فى قطع الطريق وقلنا بالمشهور من المذهب انه يقتل بواحد فى غير قطع الطريق فها هنا وجهان ، وحكاهما الخراسانيون قولين (أحدهما) حكمه حكم ما لو قتلهم فى غير قطع الطريق لما ذكرناه هناك (والثانى) يقتل بالجميع ولا شىء للباقين لأنه يقتل حداً ، بدليل أنه لا يصح العفو فيه ، وان قطع عضواً من جماعة فحكمه حكم ما لو قتل جماعة على ما مضى

(مسألة) وان قطع يد رجل وقتل آخر ، قطعت يده للمقطوع ثم قتل للمقتول سواء تقدم قطع اليد أو تأخر ، وبه قال أبو حنيفة وأحمد ، وقال مالك يقتل للمقتول ولا تقطع يده للمقطوع ، دليلنا قوله تعالى (وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين) الاية .

فأخبر أن النفس تؤخذ بالنفس والطرف بالطرف ، فمن قال غير هذا فقد خالف الاية ، ولأنهما جنايتان على شخصين فلا يتداخلان كما لو قطع يدى رجلين ، وانما قدمنا القطع ههنا ، وان كان متأخرا لأنه يمكن إيفاء الحقين من غير نقص على أحدهما ، ومتى أمكن إيفاء الحقين لم يجز إسقاط أحدهما . وان قطع أصبعا من يمين رجل ثم قطع يمين آخر قطعت أصبعه للأول ، ثم قطعت يده للثانى ولزمه أن يغرم للثانى دية أصبعه التى لم يقتص منها ، ويخالف اذا قتل رجل مقطوع اليد لرجل غير مقطوع اليد — فإنه لا يغرم شيئا له — لان اليد تنقص بنقصان الاصبع ، ولهذا لا تؤخذ يد كاملة الاصابع بيد ناقصة الاصابع والنفس لا تنقص بنقصان اليد ، ولهذا يقتل من له يدان بمن له يد واحدة ، وان قطع يمين رجل ثم قطع أصبعا من يمين آخر قطعت يمينه للأول ، وأخذ الاخر دية أصبعه المقطوعة ، ويخالف اذا قطع يمين رجل ثم قتل آخر حيث قلنا

يقدم القطع ، وان كان متأخراً ، لأن اليد ينقص بنقصان الاصبع ؛ والنفس لا تنقص بنقصان اليد

(فرع) إذا قتل رجلا وارتد أو قطع يمين رجل وسرق ، قدم حق الادمى من القتل والقطع لأنه مبنى على التشديد ، وحق الله مبنى على المسامحة . والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

﴿ باب استيفاء القصاص ﴾

من ورث المال ورث الدية ، لما روى الزهرى عن سعيد بن المسيب قال : كان عمر رضى الله عنه يقول : لا ترث المرأة من دية زوجها ، حتى قال له الضحاك ابن قيس : كتب إلىّ رسول الله صلى الله عليه وسلم أن ورث امرأة أشيم الضبابى من دية زوجها ، فرجع عمر رضى الله عنه عن ذلك ، ويقضى من الدية دينه وينفذ منها وصيته .

وقال أبو ثور . لا يقضى منها الدين ولا ينفذ منها الوصية ، لأنها تجب بعد الموت ، والمذهب الاول ، لأنه مال يملكه الوارث من جهته فقضى منه دينه ، ونفذت منه وصيته كسائر أمواله . ومن ورث المال ورث القصاص ، والدليل عليه ما روى أبو شريح الكعبى ، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : ثم أنتم ياخزاعة قد قتلتم هذا القتيل من هذيل وأنا والله عاقله ، فمن قتل بعده قتيلا فأهله بين خيرتين إن أحبوا قتلوا وإن أحبوا أخذوا الدية ،

وإن قطع مسلم طرف مسلم ثم ارتد ومات فى الردة ، وقلنا بأصح القولين انه يجب القصاص فى طرفه ، فقد نقل المزنى أنه قال يقتص وليه المسلم ، وقال المزنى رحمه الله : لا يقتص غير الامام لأن المسلم لا يرثه ، فمن أصحابنا من قال لا يقتص غير الامام كما قال المزنى ، وحمل قول الشافعى رحمة الله عليه على الامام وقال عامة أصحابنا يقتص المناسب ، لأن القصد من القصاص التشفى ودرك الغيظ والذى يتشفى هو المناسب ، ويجوز أن يثبت القصاص لمن لا يرث شيئا ،

كما لو قتل من له وارث وعليه دين محيط بالتركة ، فإن القصاص للوارث وان لم يرث شيئاً ؛ وإن كان الوارث صغيراً أو مجنونا لم يستوف له الولى ، لأن القصد من القصاص التشفى ودرك الغيظ ، وذلك لايحصل باستيفاء الولى . ويحبس القاتل الى أن يبلغ الصغير أو يعقل المجنون ، لأن فيه حظا للقاتل بأن لا يقتل ، وفيه حظا للمولى عليه ليحصل له التشفى ، فإن أقام القاتل كفيلا ليخلى لم يجز تخليته لأن فيه تغريراً بحق المولى عليه بأن يهرب فيضيع الحق .

وإن وثب الصبى أو المجنون على القاتل فقتله ففيه وجهان : أحدهما أنه يصير مستوفيا لحقه ، كما لو كانت له وديعة عند رجل فأتلفها . والثانى لا يصير مستوفيا لحقه وهو الصحيح ، لأنه ليس من أهل استيفاء الحقوق ويخالف الوديعه ، فإنها لو تلفت من غير فعل برىء منها المودع . ولو هلك الجانى من غير فعل لم يبرأ من الجناية . وان كان القصاص بين صغير وكبير لم يجز للكبير أن يستوفى ، وان كان بين عاقل ومجنون لم يجز للعاقل أن يستوفى لأنه مشترك بينهما فلا يجوز لأحدهما أن ينفرد به ، فإن قتل من لا وارث له كان القصاص للمسلمين واستيفاؤه الى السلطان ، وان كان له من يرث منه بعض القصاص كان استيفاؤه الى الوارث والسلطان ، ولا يجوز لأحدهما أن ينفرد به لما ذكرناه

(الشرح) خبر الضحاك بن قيس الذى أسنده المصنف لم يُرو أن الذى كتب اليه النبى صلى الله عليه وسلم هو الضحاك بن قيس لأنه ولد قبل وفاته صلى الله عليه وسلم بسبع سنين . فهو الضحاك بن قيس بن خالد الأكبر ابن وهب بن ثعلبة يكنى أبا أنيس ، وقيل أبو عبد الرحمن ، والاول أفاده الواقدى ، وهو أخو فاطمة بنت قيس وكان أصغر سناً منها ، ويرجح أنه لم يسمع من النبى صلى الله عليه وسلم فضلا عن أن يوليه ويكتب اليه . وقد كان الضحاك بن قيس على شرطة معاوية ثم صار عاملا على الكوفة بعد زياد ، وقد قتل الضحاك بن قيس بمرج راهط لأنه كان يأخذ البيعة لابن الزبير قتله جنود يزيد .

أما الذى ولاه النبى صلى الله عليه وسلم وكتب اليه أن يورث امرأة أشيم الضبابى فهو الضحاك بن سفيان الكلابى ، فهو الذى ولاه النبى صلى الله عليه وسلم

أمر من أسلم من قومه ، وقد ثبت أن الرسول أمّره على سرية فذكره العباس ابن مرداس فى شعره فقال :

ان الذين وفوا بما عاهدتهم جيش بعثت عليهم الضحاكا

أمّرته ذرب السنان كأنه لما تكنّفه العدو يراكا

طوراً يعانق باليدين وتارة يفرى الجماجم صارماً بتاكا

وكان رضى الله عنه أحد الابطال ، وكان يقوم على رأس رسول الله (ص) متوشحا سيفه ، وكان يعد بمائة فارس

قال ابن عبد البر : وله خبر عجيب مع بنى سليم ذكره أهل الاخبار : روى الزبير بن بكار : حدثتنى ظمياء بنت عبد العزيز حدثنى أبى عن جدى موألة بن كثيف أن الضحاك بن سفيان الكلابى كان سياف رسول الله صلى الله عليه وسلم وكانت بنو سليم فى تسعمائة ، فقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم : هل لكم فى رجل يعدل مائة يوفيكم ألفاً ؟ فوافاهم بالضحاك بن سفيان وكان رئيسهم . ولابن مرداس :

عشية ضحاك بن سفيان معتصٍ لسيف رسول الله والموت واقع

روى عنه سعيد بن المسيب والحسن البصرى ، فإذا ثبت هذا فإن الحديث أخرجه أبو داود فى الفرائض عن أحمد بن صالح والترمذى عنه فى الفرائض ، وعن قتيبة وأحمد بن منيع وغير واحد ، وفى الديات عن قتيبة وأبى عمار بن الحسين بن حريث وابن ماجه فى الديات عن أبى بكر بن أبى شيبة ومالك فى الموطأ فى العقول عن ابن شهاب . والضبابى وهو بطن من كلاب منهم شمر بن ذى الجوشن قاتل الحسين عليه السلام

وأما حديث أبى شريح الكعبى فقد أخرجه أبو داود فى الديات عن مسدد ، والترمذى فى الديات عن محمد بن بشار ، وقد أخرجه بمعناه أحمد والشيخان وابن ماجه والدارمى . وأبو شريح اسمه خويلد بن عمرو ، وقد مضى تحقيق نسبه وشىء من مناقبه آنفا .

وقوله « بين خيرتين » الخيرة وزان عنبة الاسم من قولك : اختاره الله تعالى وخيرة بالتسكين أيضا ، والاهل يقع على الذكر والانثى .

أما الأحكام فقد قال الشافعي رضي الله عنه : ولم يختلفوا فى أن العقل موروث كالمال . وجملة ذلك أنه إذا قتل رجل رجلا خطأ أو عمداً وعفى عنه على المال ، فإن الدية تكون لجميع ورثة المقتول لقوله تعالى « ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله » ولقوله صلى الله عليه وسلم « فمن قتل بعده قتيلا فأهله بين خيرتين إن أحبوا قتلوا وإن أحبوا أخذوا الدية » لا فرق بين الذكران والاناث إجماعا لا خلاف فيه . وقد روى عن عمر رضى الله عنه أنه لم يورث المرأة من دية زوجها ، فقال له الضحاك بن سفيان : كتب إلى رسول الله (ص) أن أورث امرأة أشيم الضبابى من دية زوجها ، فرجع عمر رضى الله عنه

وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا يتوارث ملتان شتى ، وترث المرأة من دية زوجها »

قال المصنف : ويقضى من الدية دينه وتنفذ منه وصاياه . وقال أبو ثور : لا يقضى منها دينه ولا تنفذ وصاياه ، والذى يقتضى المذهب أن يبنى على القولين متى تجب الدية ؟ فإن قلنا بآخر جزء من أجزاء حياة المقتول قضى منها دينه ونفذت منها وصاياه . وإن قلنا يجب بعد موته لم يقض منها دينه ولم تنفذ منها وصاياه ولعله ذكر ذلك على الأصح عنده

وأما إذا كان القتل يقتضى القصاص فإن القصاص موروث وفيمن يرثه من الورثة ثلاثة أوجه حكاها ابن الصباغ

أحدها أنه لا يرثه إلا العصبة من الرجال ، وبه قال مالك والزهرى ، لأن القصاص يدفع العار عن النسب فاختص به العصبات كولاية النكاح . فإن اقتصوا فلا كلام ، وإن عفوا على مال كان لجميع الورثة

(والثانى) أنه يرثه من يرث بنسب دون سبب ، فيخرج بذلك من يرث بالزوجية ، وبه قال ابن شبرمة ، لأن القصاص يراد للتشفى ، والزوجية تزول بالموت .

(والثالث) وهو المنصوص ، ولم يذكر الشيخان أبو اسحاق الاسفراينى وأبو حامد المروروذى غيره أنه يرثه جميع الورثة من يرث بنسب ومن يرث بسبب وبه قال أبو حنيفة وأصحابه وأحمد لقوله صلى الله عليه وسلم « فمن قتل بعد قتيلا

فأهله بين خيرتين إن أحبوا قتلوا وان أحبوا أخذوا الدية ، والأهل لغة يقع على الرجال والنساء ، ولأنه جعل القود لمن جعل له الدية ، ولا خلاف أن الدية لجميع الورثة فكذلك القود ، وروت عائشة رضى الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لأهل القتيل أن ينحجزوا الأول فالأول ، وان كانت امرأة ، رواه أبو داود والنسائى .

قال أبو عبيد . معنى أن ينحجزوا يكفوا عن القصاص ، ولو لم يكن للمرأة حق فى القصاص لما جعل لها الكف عنه . وروى أن رجلا قتل رجلا ، فأراد أولياء الدم القود ، فقالت أخت المقتول — وكانت زوجة القاتل — عفوت عن نصيبي من القود ، فقال عمر رضى الله عنه الله أكبر عتق من القتل

(فرع) إذا قطع طرف مسلم فارتد المقطوع ثم مات على الردة — وقلنا يجب القصاص فى الطرف — فمن الذى يستوفيه ؟ قال الشافعى رضى الله عنه . لوليه المسلم أن يقتص ، واعترض المزنى عليه فقال كيف يجوز لوليه أن يقتص وهو لا يرثه . واختلف أصحابنا فيه ، فمنهم من قال لا يقتص وليه المسلم كما قال المزنى، لأنه لا يرثه — ولم يرد الشافعى الولى ههنا المناسب، وإنما أراد الامام . وقال أكثرهم بل يجوز لوليه المناسب أن يقتص لأن القصاص للتشفى وذلك الى المناسب لا إلى الإمام . وقول الأول غير صحيح لأنه قد يثبت القصاص لمن لا يرث ، وهو إذا قتل رجل وعليه دين يحيط بتركته — فإذا قلنا إن الامام هو الذى يقتص كان بالخيار بين أن يقتص وبين أن يعفو على مال ، فإذا عفا على مال كان بها ، واذا قلنا يقتص الولى المناسب — فإن اقتص — فلا كلام ، وان عفا على مال فهل يثبت ؟ فيه وجهان حكاهما الشيخ أبو حامد

(أحدهما) لا يثبت لأن أرش الطرف يدخل فى أرش النفس فلما لم يجب أرش النفس لم يجب أرش الطرف

(والثانى) يجب الأرش وهو الاصح لأن الجناية وقعت فى حال مضمونة فلم يسقط حكمها بسقوط حكم السراية ، فإذا قلنا بهذا فكم الأرش الذى يجب ؟ فيه وجهان ، قال عامة أصحابنا يجب أقل الامرين من أرش الطرف أو دية النفس لأن دية النفس اذا كانت أكثر من أرش الطرف لم تجب الزيادة على أرش الطرف .

لأن الزيادة وجبت بالسراية ، وإن كان أرش الطرف أكثر لم يجب ما زاد على ديه الفس ، لأنه لو مات وهو مسلم لم يجب عليه أكثر من دية مسلم فكذلك ها هنا مثله .

وقال أبو سعيد الاصطخرى : يجب أرش الطرف بالغا ما بلغ ، لأن الدية إنما تجب فى النفس فى الموضع الذى لو كان دون الدية وصار نفسا وجبت الدية وها هنا لا حكم للسراية فى الزيادة فكذلك فى النقصان . والأول أصح

(فرع) إذا كان القصاص لصغير أو مجنون أو لغير رشيد لم يستوف الولى له ، وبه قال أحمد وأبو يوسف . وقال مالك وأبو حنيفة ومحمد يجوز للأب والجد أن يستوفى له القصاص فى النفس والطرف ، ويجوز للوصى والحاكم أن يستوفى إلا فى الطرف دون النفس . دليلنا قوله صلى الله عليه وسلم « فأهله بين خيرتين إن أحبوا قتلوا وإن أحبوا أخذوا الدية» فجعل الخيرة للأهل ، فلو جعلنا للولى استيفاءه لفوتنا ماخير فيه ، ولأنه لا يملك إيقاع طلاق زوجته فلا يملك استيفاء القصاص فى النفس كالوصى .

فإذا ثبت هذا فإن القاتل يحبس إلى أن يبلغ الصبى ويفيق المجنون ويصلح المفسد — لأن فى ذلك مصلحة للقاتل بأن يعيش إلى مدة ويتأخر قتله — وفيه مصلحة لولى المقتول لئلا يهرب القاتل ويفوت القصاص ، فإن أراد الولى أن يعفو عن القود على مال ، فإن كان المولى عليه له كفاية لم يجز ، وإن كان محتاجا الى ذلك المال للنفقة ففيه وجهان

(أحدهما) يجوز لأنه محتاج إلى ذلك

(والثانى) لا يجوز لأنه لا يملك استيفاء حقه من القصاص ، ونفقته فى بيت المال . وإن وثب الصبى أو المجنون فاقتص فهل يصير مستوفيا ؟ فيه وجهان (أحدهما) يصير مستوفيا كما لو كانت له وديعة فأتلفها (والثانى) لا يصير مستوفيا وهو الأصح ، لأنه ليس من أهل الاستيفاء ، وان كان القصاص لغائب حبس القاتل الى أن يقدم كما قلنا فيه إذا كان لصغير أو مجنون . فإن قيل فهلا قلتم لا يحبس للغائب لأنه لا ولاية للحاكم على الغائب ، كما لو كان لغائب مال مغصوب فليس للحاكم أن يحبس الغاصب وينزع ماله المغصوب ؟ فالجواب أن القود ثبت للميت

وللحاكم على الميت ولاية ، وليس كذلك الغالب إذا غصب ماله لأنه لا ولاية له عليه وهو رشيد ، فوزانه أن يموت رجل ويخلف مالا وله وارث غائب ، فجاء رجل وغصب ماله فللأم حبس الغاصب إلى أن يقدم الغائب

(فرع) فإن كان القصـــــاص لجماعة وبعضهم حاضر وبعضهم غائب لم يجز للحاضر أن يستوفى بغير إذن الغائب بلا خلاف ، وإن كان الخلاف بين صغير وكبير أو بين عاقل ومجنون لم يجز للكبير والعاقل أن يستوفى القصاص حتى يبلغ الصغير ، ويفيق المجنون ، ويأذن فى الاستيفاء . وبه قال عمر بن عبد العزيز وأبو يوسف وأحمد .

وقال مالك وأبو حنيفة : يجوز للكبير والعاقل أن يستوفى قبل بلوغ الصغير وإفاقة المجنون ، إلا أن أصحاب أبى حنيفة اختلفوا فيما يستوفيه ، فمنهم من قال يستوفى حقه وحق الصغير والمجنون ، ومنهم من قال يستوفى حقه ويسقط حق الصغير والمجنون ، دليلناأنه قصاص موروث فوجب أن لايختص باستيفائه بعض ورثته ، كما لو كان لحاضر وغائب

وإذا ثبت هذا فإن القاتل يحبس الى أن يبلغ الصغير ويفيق المجنون ، وقد حبس معاوية هدبة بن خشرم فى قصاص حتى يبلغ ابن القتيل ، وذلك فى عصر الصحابة رضوان الله عليهم فلم ينكر ذلك . وبذل الحسن والحسين وسعيد بن العاص لابن القتيل سبع ديات فلم يقبلها

فإن قيل لِم لا يخلى سبيله كالمعسر بالدين . قلنا لأن تخليته تضييع فإنه لا يؤمن هربه ، والفرق بينه وبين المعسر من وجوه

١ — أن قضاء الدين لا يجب مع الاعسار فلا يحبس بما لا يجب ، والقصاص ههنا واجب وانما تعذر المستوفى

٢ — ان المعسر اذا حبسناه تعذر الكسب لقضاء الدين فلا يفيد بل يضر من الجانبين . وها هنا الحق نفسه يفوت بالتخلية لا بالحبس

٣ — انه قد استحق قتله ، وفيه تفويت نفسه ونفعه ، فإذا تعذر تفويت نفسه جاز تفويت نفعه لإمكانه ، فإن قيل فلم يحبس من أجل الغائب وليس للحاكم عليه ولاية اذا كان مكلفا رشيداً ، ولذلك لو وجد بعض ماله مغصوبا لم يملك

انتزاعه ؟ قلنا لأن فى القصاص حقاً للميت ، وللحاكم عليه ولاية ، ولهذا تنفذ وصاياه من الدية وتقضى ديونه منها ، فنظيره أن يجد الحاكم من تركة الميت فى يد إنسان شيئا غصباوالوارث غائب فإنه يأخذه ، ولو كان القصاص لحى فى طرفه لم يتعرض لمن هو عليه ، فإن أقام القاتل كفيلا بنفسه ليخلى سبيله لم يجز لأن الكفالة لا تصح فى القصاص فإن فائدتها استيفاء الحق من الكفيل إن تعذر إحضار المكفول به ، ولا يمكن استيفاؤه من غير القاتل ، فلم تصح الكفالة به كالحد ، ولأن فيه تغريراً بحق المولى عليه ، فإنه ربما خلى سبيله فهرب فضاع الحق فإن وجب القصاص فى قتل من لاوارث له غير المسلمين كان القصاص إلى الإمام لأنه نائب عنهم ، وان كان هناك من يرث البعض ويرث المسلمون الباقى كان استيفاء القصاص الى الإمام والى الوارث

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان قتل رجل وله اثنان من أهل الاستيفاء فبدر أحدهما وقتل القاتل من غير اذن أخيه ففيه قولان (أحدهما) لا يجب عليه القصاص ، وهو الصحيح ، لأن له فى قتله حقا فلا يجب عليه القصاص بقتله ، كما لا يجب الحد على أحد الشريكين فى وطء الجارية المشتركة (والثانى) يجب عليه القصاص لأنه اقتص فى أكثر من حقه فوجب عليه القصاص، كما لو وجب له القصاص فى طرفه فقتله . ولأن القصاص يجب بقتل بعض النفس اذا عرى عن الشبهة ، ولهذا يجب على كل واحد من الشريكين فى القتل . وان كان قاتلا لبعض النفس والنصف الذى لأخيه لا شبهة فيه فوجب القصاص عليه بقتله

وان عفا أحدهما عن حقه من القصاص ثم قتله الاخر بعد العلم بالعفو نظرت فإن كان بعد حكم الحاكم بسقوط القود عنه وجب عليه القصاص ، لأنه لم يبق له شبهة ، وان كان قبل حكم الحاكم بسقوط القود عنه فإن قلنا يجب عليه القود اذا قتله قبل العفو فلأن يجب عليه اذا قتله بعد العفو أولى ، وان قلنا لا يجب عليه قبل العفو ففيما بعد العفو قولان

(أحدهما) يجب عليه لأنه لا حق له فى قتله فصار كما لو عفوا ثم قتله أحدهما

(والثانى) لا يجب ، لأن على مذهب مالك رحمة الله عليه يجب له القود بعد عفو الشريك ، فيصير ذلك شبهة فى سقوط القود ، فإذا قلنا انه يجب القصاص على الابن القاتل وجب دية الآب فى تركة قاتله . نصفها للأخ الذى لم يقتل ، ونصفها للأخ القاتل ولورثته بعده ، واذا قلنا لا يجب القصاص على الابن القاتل وجب عليه نصف دية المقتول ، لأنه قتله وهو يستحق نصف النفس وللأخ الذى لم يقتل نصف الدية ، وفيمن يجب عليه قولان

(أحدهما) يجب على الابن القاتل ، لأن نفس القاتل كانت مستحقة لهما ، فإذا أتلفها أحدهما لزمه ضمان حق الاخر كما لو كانت لهما وديعة عند رجل فأتلفها أحدهما ، فعلى هذا ان أبرأ الابن الذى لم يقتل ورثة قاتل أبيه من نصفه لم يصح ابراؤه ، لأنه أبرأ من لا حق له عليه . وان أبرأ أخاه صح ابراؤه لأنه أبرأ من عليه الحق .

والقول الاخر أنه يجب ذلك فى تركة قاتل أبيه لأنه قود سقط الى مال فوجب فى تركة القاتل كما لو قتله أجنبى ، ويخالف الوديعة ، فانه لو أتلفها أجنبى وجب حقه عليه ، والقاتل لو قتله أجنبى لم يجب حقه عليه ، فعلى هذا لو أبرأ أخاه لم يصح ابراؤه ، وان أبرأ ورثة قاتل أبيه صح ابراؤه . ولورثة قاتل الاب مطالبة الابن القاتل بنصف الدية ، لأن ذلك حق لهم عليه فلا يسقط ببراءتهم عن الابن الاخر .

(الشرح) اذا قتل رجل وله أخوان وابنان من أهل استيفاء القصاص لم يكن لهما أن يستوفيا القصاص جميعا ، لأن فى ذلك تعذيبا للقاتل ، فإما أن يوكلا رجلا ليستوفى لهما القصاص ، واما أن يوكل أحدهما الاخر فى الاستيفاء ، فإن طلب كل واحد منهما أن يوكله الاخر أقرع بينهما ، لأنه لا مزية لأحدهما على الاخر ، فإذا خرجت القرعة لأحدهما أمر الاخر أن يوكله ، وان بادر أحدهما وقتل القاتل بغير اذن أخيه نظرت — فإن كان الذى لم يقتل لم يعف عن حقه من القصاص — فهل يجب على القاتل منهما القود ؟ فيه قولان

(أحدهما) يجب عليه القود لأنه ممنوع من قتله وقد يجب القتل بالاف

بعض النفس كما إذا قتل جماعة واحداً (والثانى) لا يجب عليه القود ، وبه قال أبو حنيفة وأحمد ، وهو الأصح ، لأن له فى قتله حقاً فلم يجب عليه القود ، كما لو وطىء أحد الشريكين الجارية المشتركة ، وإن قتله بعد أن عفا أخوه عن القود نظرت — فإن كان قد حكم الحاكم بسقوط القود — وجب القود على القاتل قولا واحداً . قال ابن الصباغ سواء علم القاتل بذلك أو لم يعلم ، لأن بحكم الحاكم زالت الشبهة وحرم عليه قتله ، فهو كما لو قتل غير القاتل ، وإن كان بعد عفو أخيه وقبل حكم الحاكم بسقوط القود نظرت — فإن لم يعلم بعفو أخيه — فهل يجب القود على القاتل ؟ فيه قولان ، كما لو لم يعف أخوه

قال الشيخ الامام أبو حامد : إلا أن الأصح هناك لا يجب عليه القود ، والأصح ها هنا أن عليه القود ، وإن قتله بعد أن علم بعفو أخيه — فإن قلنا يجب عليه القود إذا لم يعف أخوه فها هنا أولى، وإن كان قلنا هناك لا يجب عليه القود لأنه على قول مالك لا يسقط القود هكذا صوّر المصنف المسألة ، ولكننا ننازعه فى عدم سقوط القود عند مالك ، لأن أهل العلم أجمعوا على إجازة العفو عن القصاص وأنه أفضل ، بالكتاب والسنة لقوله تعالى « فمن عفى له من أخيه شىء فاتباع بالمعروف وأداء اليه بإحسان » وقوله تعالى « فمن تصدق به فهو كفارة له » قيل فى التفسير : فهو كفارة للجانى بعفو صاحب الحق عنه . وقيل هو كفارة للعافى بصدقته .

وأما السنة ففى سنن أبى داود عن أنس قال « ما رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم رفع اليه شىء فيه قصاص إلا أمر فيه بالعفو » فالقصاص حق لجميع الورثة من ذوى الانساب والاسباب والرجال والنساء والصغار والكبار فمن عفا منهم صح عفوه وسقط القصاص ، ولم يبق لأحد اليه سبيل ، بهذا قال عطاء والنخعى والحكم وحماد والثورى وأبو حنيفة وأحمد. وروى ذلك عن عمر وطاوس والشعبى . وقال الحسن وقتادة والزهرى وابن شبرمة والليث والاوزاعى: ليس للنساء عفو . والمشهور عن مالك أنه موروث للعصبات خاصة ، وهو وجه لأصحابنا لأنه ثبت لدفع العار فاختص به العصبات كولاية النكاح

ولنا وجه ثالث أنه لذوى الانساب دون الزوجين لحديث أبى شريح الكعبى

« فأهله بين خيرتين الخ » وذهب بعض أهل المدينة الى أن القصاص لا يسقط بعفو بعض الشركاء ، وقيل هو رواية عن مالك لأن حق غير العافى لا يرضى بإسقاطه ، وقد تؤخذ النفس ببعض النفس بدليل قتل الجماعة بالواحد . وبعد أن تحررت المسألة على هذا النحو نقول: انه على قول بعض أهل المدينة لا يسقط القود بعفو أحد الشريكين فصار ذلك شبهة فى سقوط القود عنه . وهذا ترتيب الشيخ أبى حامد .

وقال المسعودى : اذا قتله قبل عفو أخيه فهل يجب عليه القود ؟ فيه قولان فإذا قلنا لا يجب فله معنيان (أحدهما) لاختلاف العلماء فى استيفاء أحدهم (والثانى) لأجل حقه فى القصاص ، وان قتله بعد عفو أخيه ، وهو عالم بعفوه فإن قلنا هناك لا يجب فها هنا قولان — ان قلنا العلة هناك اختلاف العلماء فلا قود ها هنا ، لأن الاختلاف موجود . وان قلنا العلة هناك حقه فى القصاص وجب عليه ها هنا القود . وان قتله جاهلا بعفو أخيه . فإن قلنا لا يجب عليه القود اذا كان عالما بعفو أخيه فها هنا أولى ، وان قلنا هناك لا يجب فها هنا قولان ، ان قلنا العلة هناك اختلاف العلماء فلا قود ها هنا ، لأن الاختلاف موجود . وان قلنا العلة هناك حقه فى القصاص وجب عليه ها هنا القود ، وان قتله جاهلا بعفو أخيه ، فإن قلنا لا يجب عليه القود اذا كان عالما بعفو أخيه فها هنا أولى أن لا يجب . وان قلنا هناك يجب القود على القاتل فلوليه أن يقتص منه ، فإذا قتله وجب دية المقتول الاول فى تركة القاتل الاول ، نصفها للأخ الذى لم يقتل ونصفها لورثة أخيه المقتول

وان قلنا لا يجب القود على الاخ القاتل فقد استوفى حقه وبقى حق أخيه ، وقد تعذر استيفاء حقه من القصاص فتكون له نصف دية أبيه ؛ وعلى من يرجع بها ؟ فيه قولان

(أحدهما) يرجع بها على أخيه القاتل ، لأن نفس قاتل أبيه كانت لهما وديعة فأتلفها أحدهما ، فعلى هذا ان أبرأ أخاه صح ابراؤه ، وان أبرأ قاتل أبيه لم يصح ابراؤه .

والقول الثانى انه يرجع بها فى تركة قاتل أبيه لأنه قود سقط إلى مال فوجب المال فى تركة قاتل الأب كما لو قتله أجنبى ، ويخالف الوديعة فإنه لو أتلفها أجنبى لرجعا عليه بضمانها ، وههنا لو قتله أجنبى لم يرجعا عليه بشيء

فعلى هذا إن أبرأ أخاه لم يصح إبراؤه ، وإن أبرأ قاتل أبيه صح إبراؤه ويكون لورثة قاتل الأب أن يرجعوا على القاتل بنصف دية موروثهم لأنه لا يستحق إلا نصف نفسه ، ومن أصحابنا من قال : لا يطالبون الأخ القاتل بشيء ، لأنهم ما غرموا ، وليس بشيء ، لأن الحق قد لزمهم فى الأصل ولزم القاتل له فى الاصل فإذا سقط عنهم لم يسقط عنه على الوارث فى تركته . ولوجه آخر أن الدية لمن له القصاص ، كما لو قتل المرهون كانت الدية مرهونة ، ولو عفا وارثه عن القصاص على الدية فالدية للوارث على الصحيح من المذهب وحق من له القصاص . ولو وجب القصاص على رجل فقتله أجنبى عنه عليه القصاص لأنه ترك القبض للورثة .

وإن عفا الاخوان جميعاً عنه ثم عادا فقتلاه أو عفا عنه أحدهما ثم عاد فقتله وجب القود قولا واحداً ، لأنه لم يبن للعاقل حق بعد عفوه ، فصار كما لو قتل أجنبياً ، فإن كان القصاص لجماعة واختلفوا فيمن يقتص منهم أقرع بينهم . وهل يدخل فى القرعة من لا يحسن ؟ فيه وجهان حكاهما فى العدة ، أحدهما لا يدخل لأنه لا فائدة فيه . والثانى يدخل لأنه يستنيب من شاء ، ومتى خرجت القرعة لأحدهم لم يستوف القصاص إلا بتوكيل الباقين له

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا يجوز استيفاء القصاص إلا بحضرة السلطان لأنه يفتقر إلى الاجتهاد ولا يؤمن فيه الحيف مع قصد التشفى ، فإن استوفاه من غير حضرة السلطان عزره على ذلك .

ومن أصحابنا من قال لا يعزر لأنه استوفى حقه والمنصوص أنه يعزر لأنه افتات على السلطان ، والمستحب أن يكون بحضرة شاهدين حتى لا ينكر المجنى

عليه الاستيفاء ، وعلى السلطان أن يتفقد الآلة التى يستوفى بها القصاص ، فإن كانت كالة منع من الاستيفاء بها لما روى شداد بن أوس رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « إن الله كتب الاحسان على كل شيء ، فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة ، وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة . وليحد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته » وان كانت مسمومة منع من الاستيفاء بها لأنه يفسد البدن ويمنع من غسله ، فإن عجل واستوفى بآلة كالة أو بآلة مسمومة عزر ، فإن طلب من له القصاص أن يستوفى بنفسه ، فإن كان فى الطرف لم يمكن منه لأنه لا يؤمن مع قصد التشفى أن يجنى عليه بما لا يمكن تلافيه ، وان كان فى النفس فإن كان يكمل للاستيفـــاء بالقوة والمعرفة مكن منه لقوله تعالى « ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا فلا يسرف فى القتل إنه كان منصورا » ولقوله صلى الله عليه وسلم « فمن قتل بعـده قتيلا فأهله بين خيرتين ، إن أحبوا قتلوا ، وان أحبوا أخـذوا الدية » ولأن القصد من القصاص التشفى ودرك الغيظ فمكن منه ، وإن لم يكمل للاستيفاء أمر بالتوكيل ، فإن لم يكن من يستوفى بغير عوض استؤجر من خمس المصـالح من يستوفى ، لأن ذلك من المصالح ، وان لم يكن خمس أو كان ولـكنه يحتاج اليه لما هو أهم منه وجبت الأجرة على الجانى ، لأن الحق عليه فكانت أجرة الاستيفاء عليه كالبائع فى كيل الطعام المبيع

فإن قال الجانى أنا أقتص لك بنفسى ولا أؤدى الأجرة لم يجب تمكينه منه ، لأن القصاص أن يؤخذ منه مثل ما أخذ ، ولأن من لزمه ايفاء حق لغيره لم يجز أن يكون هو المستوفى كالبائع فى كيل الطعام المبيع ، فإن كان القصاص لجماعة وهم من أهل الاستيفاء وتشاحوا أقرع بينهم ، لأنه لا يجوز اجتماعهم على القصاص ، لأن فى ذلك تعذيبا للجانى ، ولا مزية لبعضهم على بعض فوجب التقديم بالقرعة .

﴿ فصل ﴾ وإن كان القصاص على امرأة حامل لم يقتص منها حتى تضع ، لقوله تعالى « ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا فلا يسرف فى القتل » وفى قتل الحامل إسراف فى القتل ، لأنه يقتل من قتل ومن لم يقتل . وروى عمران بن الحصين رضى الله عنه « أن امرأة من جهينة أتت النبى صلى الله عليه وسلم

وقالت إنها زنت وهى حبلى ، فدعا النبى صلى الله عليه وسلم وليها فقال له : أحسن اليها فإذا وضعت فجىء بها ، فلما أن وضعت جاء بها ، فأمر بها النبى صلى الله عليه وسلم فرجمت ، ثم أمرهم فصلوا عليها ، وإذا وضعت لم تقتل حتى تسقى الولد اللبأ لأنه لا يعيش إلا به ، وإن لم يكن من يرضعه لم يجز قتلها حتى ترضعه حولين كاملين لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال للعامرية « اذهبى حتى ترضعيه » ولأنه لما أخر القتل لحفظه وهو حمل فلأن يؤخر لحفظه وهو مولود أولى ، وإن وجد له مرضعة راتبة جاز أن يقتص لأنه يستغنى بها عن الأم . وإن وجد مرضعات غير رواتب أو وجدت بهيمة يسقى من لبنها ، فالمستحب لولى الدم أن لا يقتص حتى ترضعه ، لأن اختلاف اللبن عليه والتربية بلبن البهيمة يفسد طبعه ، فإن لم يصبر اقتص منها لأن الولد يعيش بالألبان المختلفة وبلبن البهيمة . وإن ادعت الحمل قال الشافعى رحمه الله تحبس حتى يتبين أمرها .

واختلف أصحابنا فيه فقال أبو سعيد الاصطخرى رحمة الله عليه : لا تحبس حتى يشهد أربع نسوة بالحمل ، لأن القصاص وجب فلا يؤخر بقولها . وقال أكثر أصحابنا تحبس بقولها ، لأن الحمل وما يدل عليه من الدم وغيره يتعذر اقامة البينة عليه فقبل قولها فيه .

(الشرح) حديث شداد بن أوس أخرجه مسلم فى الذبائح عن أبى بكر بن أبى شيبة ، وأبو داود فى الاضاحى عن مسلم بن ابراهيم والترمذى فى الديات عن أحمد بن منيع ، والنسائى فى الضحايا عن على بن حجر ، وعن الحسين بن حريث وعن محمد بن عبد الله بن بزيع وعن محمد بن رافع وعن ابراهيم بن يعقوب وابن ماجه فى الذبائح عن محمد بن المثنى ، وأحمد فى مسنده ج ٢ ص ١٠٨ ، ومسند أبى داود الطيالسى الحديث ١١١٩ ، وحديث عمران بن الحصين أخرجه مسلم فى الحدود عن أبى غسان مالك بن عبد الواحد المسمعى ، وأبو داود فيه عن مسلم ابن ابراهيم ، والترمذى فيه عن الحسن بن على ، والنسائى فى الجنائز عن اسماعيل ابن مسعود ، وابن ماجه فى الحدود عن العباس بن عثمان . وحديث العامرية مضى فى الرضاع .

أما اللغات : فالقِتلة بكسر القاف هى الهيئة وكذا الذِّبحة ، والآلة الكالّة التى لا حد لها ماض والسيف الكايل منه .

أما الاحكام فمن وجب له القصاص لم يجز أن يقتص بغير اذن السلطان وبغير حضوره لاختلاف العلماء فى وجوب القصاص فى مواضع ، فلو قلنا له أن يستوفيه من غير اذن السلطان لم يؤمن أن يقتص ممن لا يستحق فيه القصاص ، فإن خالف واقتص بغير اذن السلطان فقد استوفى حقه

قال الشافعى رضى الله عنه : ويعزر ولا شيء عليه . وهو مذهب أحمد . ومن أصحابنا من قال لا يعزر لأنه استوفى حقه ، والأول أصح ، لأنه افتات على السلطان ، والمستحب أن يكون ذلك بحضرة شاهدين لئلا ينكر المقتص الاستيفاء ، فإن اقتص بغير حضور شاهدين جاز لأنه استيفاء حق ، فلم يكن من شرطه حضور الشهود كالدين ، ويتفقد السلطان الالة التى يستوفى بها القصاص فإن كانت كالة منع من الاستيفاء بها لقوله صلى الله عليه «اذا قتلتم فأحسنوا القتلة» فإن استوفى فقد أساء ولا تعزير عليه . وان أراد الاستيفاء بآلة مسمومة . قال الشيخ أبو حامد : منع من ذلك ، سواء كان فى الطرف أو فى النفس ، لأنه اذا كان فى الطرف سرى الى نفسه ، وان كان فى النفس هرى بدنه ومنع من غسله فإن خالف واقتص بآلة مسمومة عزر

وقال القفال : ان كان الاستيفاء فى الطرف منع منه ، وان كان فى النفس لم يمنع منه ، فإن اقتص فى الطرف بآلة مسمومة وسرى ذلك الى نفسه وجب على المقتص نصف الدية ، لأنه مات من مباح ومحظور

(فرع) اذا طلب من له القصاص أن يقتص بنفسه — فان كان القصاص فى النفس ، وكان يصلح للاستيفاء — مكنه السلطان من الاستيفاء لقوله تعالى «ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطانا فلا يسرف فى القتل » الاية ، ولقوله صلى الله عليه وسلم « فمن قتل بعده فأهله بين خيرتين ان أحبوا قتلوا وان أحبوا أخذوا الدية » وان كان لا يحسن الاستيفاء أمر بالتوكيل — فان لم يوجد من يتطوع بالاستيفاء عنه بغير عوض — استأجر من يستوفى له القصاص

وقال أبو حنيفة لا تصح الاجارة على القصاص فى النفس وتصح فى الطرف

دليلنا أنه عمل معلوم فصحت الإجارة عليه كالقصـــاص فى الطرف ، وإن كان القصاص فى الطرف فقال أصحابنا البغداديون : لا يمكّن المجنى عليـه أن يقتص بنفسه بل يؤمر بالتوكيل ، لأن الاقتصاص فى الطرف يحتاج الى التحفظ لئلا يستوفى أكثر من حقه ، وقال الخراسانيون فيه وجهان (أحدهما) لا يمكّن من ذلك لما ذكرناه (والثانى) يمكن منه كما يمكن من استيفاء القصاص فى النفس ، والأول أصح ، لأن المقصود بالقتل إزهاق الروح ، ولا معنى للتحفظ بخلاف الطرف .

(فرع) يستحب للامام أن يقيم رجلا يقيم الحدود ويقتص للناس بإذنهم ويرزقه من الأموال المعدة للخدمات العامة (ميزانية الخدمات) لأن هذا من المصالح والخدمات التى توفرها الدولة لنشر الأمن وإقرار العدل ، وقد شبهه أصحابنا بأجرة الكيال والوزان فى الأسواق ، فإن لم يكن هناك شىء من سهم المصالح أو كانت ميزانية الخدمات لا تسمح للاحتياج لما هو أهم كبناء المستشفى أو تسليح المجاهدين كانت الأجرة على المقتص منه . هذا ما يفيده النظر فى نقل أصحابنا البغداديين .

وقال المسعودى : نص الشافعى رحمه الله على أن أجرة القصاص على المقتص منه ، ونص أن أجرة الجلاد فى بيت المال ، وهو قول أبى حنيفة لأنه استيفاء حق فكانت أجرة الاستيفاء على المستوفى ، كما لو اشترى طعاماً وأراد نقله ، والأول أصح ، ومنهم من قال يجب أجرة القصاص على المقتص منه ، وأجرة الجلاد فى بيت المال ، لأن فى القصاص الجانى مأمور بالإقرار بالجناية ليقتص منه ، وفى الحد هو مأمور بالستر على نفسه

فإن قال الجانى : أنا أقطع طرفى ولا أؤدى الاجرة ففيه وجهان حكاهما ابن الصباغ (أحدهما) يجب إجابته إلى ذلك لأن المقصود قطع طرفه فلا تلحقه تهمة فى ذلك (والثانى) لا يجب إجابته إلى ذلك ، ولم يذكر المصنف غيره ، لأن المقصود بالقصاص التشفى وذلك لا يحصل بفعل الجانى وانما يحصل بفعل المجنى عليه أو من ينوب عنه غير الجانى

(فرع) إذا وجب القصاص على امرأة حامل لم يجز قتلها قبل أن تضع ،

لقوله تعالى « ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطاناً فلا يسرف فى القتل » وفى قتلها فى هذه الحالة إسراف ، لأنه يقتل من قتل ومن لم يقتل ، لحديث عمران بن الحصين أن امرأة من جهينة أتت النبى صلى الله عليه وسلم فأخبرته أنها زنت وهى حبلى ، فأمر النبى صلى الله عليه وسلم وليها أن يحسن اليها حتى تضع فلما وضعت جيء بها فرجمت وأمرهم فصلوا عليها .

وروى أن عمر رضى الله عنه أمر بقتل امرأة بالزنا وهى حامل ؛ فقال له معاذ بن جبل رضى الله عنه « ان كان لك سبيل عليها فليس لك سبيل على ما فى بطنها ، يعنى حملها ، فترك عمر قتلها . وقال كاد النساء أن يعجزن أن يلدن مثلك يا معاذ .

فإذا ثبت هذا فولدت لم تقتل حتى تسقى الولد اللبأ ، لأنه لا يعيش الا به فإذا سقته اللبأ نظرت ، فإن لم توجد امرأة راتبة ترضعه ، وانما وجد جماعة نساء يتداوبنه فى الرضاع ، أو وجدت بهيمة يُسقى من لبنها ، فالمستحب ألا يقتص حتى ترضعه أمه حولين ، لأن على الولد ضررا باختلاف لبن المرضعات ، ولبن البهيمة يغير طبعه ، فان اقتص منها جاز ، لأن بدنه يقوم بذلك ، فان لم يوجد من يرضعه ولا وجدت بهيمة يسقى لبنها لم يجز للولى أن يقتص منها الى وقت يستغنى عن لبنها ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال للعامرية «اذهبى حتى ترضعيه» ولأنه اذا وجب تأخير القصاص لأجله وهو حمل ، فلأن يجب تأخيره لأجله بعد الرضع أولى .

قال الشيخ أبو حامد . قال أصحابنا فان خالف الولى واقتص من الام فى هذه الحالة ثم مات الطفل فهو قاتل عمد ، وعليه القود ، لأنه بمثابة من حبس رجلا ومنعه الطعام والشراب حتى مات ، فانه قاتل عمد ويجب عليه القود ، هذا نقل أصحابنا البغداديين . وقال المسعودى اذا وجد من ترضعه فان كان القتل لله كالرجم فى الزنا لم تقتل حتى تنقضى مدة الرضاع ، وان كان للآدمى قتلت

(فرع) اذا وجب على المرأة القتل فادعت أنها حامل قال الشافعى رحمه الله تحبس حتى يتبين أمرها . واختلف أصحابنا فى ذلك فقال أبو سعيد الاصطخرى

لاتحبس حتى يشهد أربع قوابل أنها حبلى ، فان لم يشهدن بأنها حبلى قتلت فى الحال لأن القصاص قد وجب فلا يؤخر بقولها . وقال أكثر أصحابنا تحبس وان لم يشهدن أنها حبلى ، لأن للحمل أمارات ظاهرة يشاهدنها القوابل ، وأمارات خفية لا يعلم ذلك منها الا نفسها ، فوجب حبسها الى أن يتبين أمرها

(فرع) فان مكن الإمام أو الحاكم المقتص من الحامل فقتلها فالكلام فى الإثم والضمان والكفارة ، فأما الإثم فان كان الحاكم والمقتص عالمين بأنها حامل أثما . وان كانا جاهلين بحملها لم يأثما . وان كان أحدهما عالما بحملها والآخر جاهلا به أثم العالم منهما دون الجاهل

وأما الضمان والكفارة فننظر فيه فان كان لما قتلت الحامل لم يخرج الجنين من بطنها جنين ، وان خرج من بطنها ، فان خرج حيا ثم مات ففيه دية كاملة وكفارة وان خرج ميتا ففيه غرة عبد أو أمة وكفارة ، وأما من يجب عليه الضمان والكفارة فان كانا عالمين بحملها فالضمان والكفارة على الامام والحاكم دون الولى ، لأنه هو الذى مكنه من الاستيفاء ، ولأن الحاكم هو الذى يعرف الاحكام وانما يرجع الولى الى اجتهاده . وهكذا ان كان الحاكم هو العالم بحملها دون الولى فالضمان والكفارة على الولى دون الحاكم اذا لم يعلم فلم يسلطه على اتلاف الحمل ، وان كانا جاهلين بحملها ففيه وجهان

(أحدهما) أن الضمان والكفارة على الولى لأن الحاكم اذا لم يعلم سقط عنه حكم الاجتهاد فيه والولى هو المباشر فلزمه الضمان . هكذا ذكر ابن الصباغ . وذكر الشيخ أبو حامد فى التعليق وصاحب الفروع اذا كانا جاهلين بأن ذلك لا يجوز فالضمان والكفارة على الامام قولا واحدا ، وان كانا عالمين بأن ذلك لا يجوز ففيه وجهان .

قال أبو اسحاق الضمان والكفارة على الامام لأنهما فى العلم سواء ، وللامام مزية فى التمكين .

وقال غيره من أصحابنا يكون الضمان والكفارة على الولى لأنه هو المباشر وان كان أحدهما عالما والآخر جاهلا ، فالضمان على العالم منهما دون الجاهل .

وقال المزنى : فالضمان على عاقلته ، سواء علم القاضى أو جهل ، وإن كان الولى جاهلا ففيه وجهان ، سواء علم القاضى أو جهل بناء على القولين فى إطعام الطعام فإن قلنا إن ضمانه على الطاعم فالضمان ههنا على الولى ، وإن قلنا على المطعم كان الضمان ها هنا على الحاكم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

﴿ فصل ﴾ وان كان القصاص فى الطرف فالمستحب أن لا يستوفى الا بعد استقرار الجناية بالاندمال أو بالسراية الى النفس ، لما روى عمرو بن دينار عن محمد بن طلحة قال « طعن رجل رجلا بقرن فى رجله ، فجاء النبى صلى الله عليه وسلم فقال أقدنى ، فقال دعه حتى يبرأ ، فأعادها عليه مرتين أو ثلاثا ، والنبى صلى الله عليه وسلم يقول حتى يبرأ ، فأبى فأقاده منه ، ثم عرج المستقيد فجاء النبى صلى الله عليه وسلم فقال برىء صاحبى وعرجت رجلى ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم لا حق لك » فذلك حين نهى أن يستقيد أحد من جرح حتى يبرأ صاحبه ، فإن استوفى قبل الاندمال جاز للخبر . وهل يجوز أخذ الأرش قبل الاندمال ؟ فيه قولان :

(أحدهما) يجوز كما يجوز استيفاء القصاص قبل الاندمال

(والثانى) لا يجوز لأن الأرش لا يستقر قبل الاندمال ، لأنه قد يسرى الى النفس ويدخل فى دية النفس ، وقد يشاركه غيره فى الجناية فينقص بخلاف القصاص ، فإنه لا يسقط بالسراية ولا تؤثر فيه المشاركة ، فإذا قلنا يجوز ففى القدر الذى يجوز أخذه وجهان

(أحدهما) يجوز أخذه بالغاً ما بلغ لأنه قد وجب فى الظاهر فجاز أخذه .

(والثانى) وهو قول أبى اسحاق انه يأخذ أقل الأمرين من أرش الجناية أو دية النفس ، لأن ما زاد على دية النفس لا يتيقن استقراره ، لأنه ربما سقط ، فعلى هذا ان قطع يديه ورجليه وجب فى الظاهر ديتان وربما سرت الجناية الى النفس فرجع الى دية فيأخذ دية ، فإن سرت الجناية الى النفس فقد أخذ حقه ، وان اندملت أخذ دية أخرى .

(فصل) وان قلع سن صغير لم يثغر أو سن كبير قد أثغر ، وقال أهل الخبرة انه يرجى أن ينبت الى مدة لم يقتص منه قبل الاياس من نباته ، لأنه لا يتحقق الإتلاف فيه قبل الإياس كالا يتحقق إتلاف الشعر قبل الاياس من نباته فان مات قبل الاياس لم يجب القصاص ، لأنه لم يتحقق الاتلاف فلم يقتص مع الشك

(الشرح) حديث عمرو بن دينار عن محمد بن طلحة أخرجه الشافعي والبيهقي في السنن الكبرى هكذا مرسلا ، ومحمد بن طلحة ثقة محتج به ولا عبرة بقول النسائي « ليس بالقوى » أو قول بن معين : ثلاثة يتقى حديثهم محمد بن طلحة الخ ذلك لأنه صدوق مشهور محتج به في الصحيحين

وقال أبو زرعة « صدوق » على أن هذا الخبر قد ورد متصلا ومرسلا من طرق بعضها بلفظ المصنف وبعضها بمعناه ، فعند أحمد والدارقطني عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده « أن رجلا طعن رجلا بقرن في ركبته فجاء الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال أقدني ، فقال حتى تبرأ ، ثم جاء اليه فقال أقدني فأقاده ثم جاء اليه فقال يارسول الله عرجت ؟ قال قد نهيتك فعصيتني فأبعدك الله وبطل عرجك ، ثم نهي رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يقتص من جرح حتى يبرأ صاحبه »

وروى الدارقطني عن جابر « أن رجلا جرح فأراد أن يستقيد فنهى النبي صلى الله عليه وسلم أن يستقاد من الجارح حتى يبرأ المجروح » وأخرجه أبو بكر ابن أبي شيبة عن ابن علية عن عمرو بن دينار عن جابر ، وأخرجه عثمان بن أبي شيبة بهذا الاسناد .

وقال الدارقطني : أخطأ فيه ابنا أبي شيبة وخالفهما أحمد بن حنبل وغيره ، فرووه عن ابن علية عن أيوب عن عمرو مرسلا . وكذلك قال أصحاب عمرو بن دينار عنه وهو المحفوظ ، يعني المرسل ، وأخرجه أيضا البيهقي من حديث جابر مرسلا بإسناد آخر وقال تفرد به عبد الله الأموي عن ابن جريج وعنه يعقوب ابن حميد ، وأخرجه أيضاً من وجه آخر عن جابر قال : قال رسول الله (ص)

« تقاس الجراحات ثم يتأنى بها سنة ثم يقضى فيها بقدر ما انتهت اليه » وفى إسناده ابن لهيعه . وكذا رواه جماعة من الضعفاء عن أبى الزبير

وقد استدل بهذه الأحاديث القائلون بوجوب الانتظار إلى أن يبرأ الجرح ويندمل ثم يقتص المجروح بعد ذلك ، وبه قال أبو حنيفة ومالك والمذهب عندنا أنه مندوب اليه فقط

دليلنا حديث محمد بن طلحة الذى سقنا طرقه آنفاً ، وهو يدل بمفهومه من تمكينه صلى الله عليه وسلم الرجل المطعون بالقرن قبل البرء .

واستدل القائلون بالوجوب بحديث « اصبروا حتى يسفر الجرح » عندما طعن رجل حسان بن ثابت فاجتمعت الأنصار ليأخذ لهم النبى صلى الله عليه وسلم القصاص ، فقال انتظروا حتى يبرأ صاحبكم ثم أقتص لكم ، فبرىء حسان ثم عفا قال العلامة الشوكانى : وهـــذا الحديث إن صح لحديث عمرو بن شعيب قرينة لصرفه عن معناه الحقيقى إلى معناه المجازى ، كما أنه قرينة لصرف النهى المذكور فى حديث جابر الى الكراهه .

وأما ما قيل من أن ظهور مفسدة التعجيل للنبى صلى الله عليه وسلم قرينة أن أمره الأنصار بالانتظار للوجوب ، لأن دفع المفاسد واجب ، كما قال فى ضوء النهار ، فيجاب عنه بأن محل الحجة هو إذنه صلى الله عليه وسلم بالاقتصاص قبل الاندمال ، وهو لا يأذن إلا بما كان جائزاً ، وظهور المفسدة غير قادح فى الجواز المذكور ، وليس ظاهرها بكلى ولا أكثرى حتى تكون معلومة عند الاقتصاص قبل الاندمال ، لأن لفظ « ثم » يقتضى الترتيب ، فيكون النهى الواقع بعدها ناسخا للاذن الواقع قبلها اه .

إذا ثبت هـذا فإنه إذا قطع طرفه وأراد المجنى عليه أن يقتص فالمستحب له أن لا يقتص حتى تستقر الجناية بالاندمال أو السراية إلى النفس ، فإن عفا عن القود وطلب الأرش قبل الاستقرار فهل يعطى الأرش ؟ فيه قولان . أحدهما يعطى كما يجوز له استيفاء القصاص . والثانى لا يعطى لأن الأرش لا يستقر قبل الاندمال لأنه ربما سرى الى النفس فدخل فى ديتها أو يشارك غيره فى الجناية فمات من الجميع ، فإذا قلنا يعطى قبل الاندمال فكم يعطى ؟ فيه وجهان

(أحدهما) يعطى أقل الأمرين من أرش الجناية أو دية النفس ، لأن مازاد على دية النفس لا يتيقن استقراره قبل الاندمال

(والثانى) يعطى أرش الجناية بالغاً ما بلغ ، لأنه قد وجب له فى الظاهر . فإن اقتص المجنى عليه قبل الاندمال ، ثم سرت الجناية على المجنى عليه إلى عضو آخر واندمل ، كانت السراية مضمونة بالدية

وقال أحمد رحمه الله : لا تكون مضمونة لقوله صلى الله عليه وسلم « اذهب فلا حق لك » ودليلنا أن هذه جناية مضمونة كما لو لم يقتص ، والحديث محمول على أنه أراد صلى الله عليه وسلم لا حق لك فى القصاص .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) إذا قتل بالسيف لم يقتص منه الا بالسيف لقوله تعالى « فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم » ولأن السيف أرجى الآلات ، فإذا قتل به واقتص بغيره أخذ فوق حقه ، لأن حقه فى القتل وقد قتل وعذب ، فإن أحرقه أو غرقه أو رماه بحجر ، أو رماه من شاهق أو ضربه بخشب ، أو حبسه ومنعه الطعام والشراب فمات ، فللولى أن يقتص بذلك لقوله تعالى « وان عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به » ولما روى البراء رضى الله عنه « أن النبى (ص) قال : من حرق حرقناه ومن غرّق غرّقناه » ولأن القصاص موضوع على المماثلة والمماثلة ممكنة بهذه الاسباب ، فجاز أن يستوفى بها القصاص ، وله أن يقتص منه بالسيف ، لأنه قد وجب له القتل والتعذيب ، فإذا عدل الى السيف فقد ترك بعض حقه فجاز . فإن قتله بالسحر قتل بالسيف ، لأن عمل السحر محرم فسقط وبقى القتل فقتل بالسيف .

وان قتله باللواط أو بسقى الخمر ففيه وجهان :

(أحدهما) وهو قول أبى اسحاق أنه ان قتله بسقى الخمر قتله بسقى الماء . وان قتله باللواط فعل به مثل ما فعله بخشبة ، لأنه تعذر مثله حقيقة ففعل به ما هو أشبه بفعله .

(والثانى) أنه يقتل بالسيف لأنه قتله بما هو محرم فى نفسه فاقتص بالسيف

كما لو قتله بالسحر ، وإن ضرب رجلا بالسيف فمات فضرب بالسيف فلم يمت كرر عليه الضرب بالسيف ، لأن قتله مستحق وليس ههنا ما هو أرجى من السيف فقتل به ، وإن قتله بمثقل أو رماه من شاهق أو منعه الطعام والشراب مدة ففعل به مثل ذلك فلم يمت ففيه قولان

(أحدهما) يكرر عليه ذلك إلى أن يموت كما قلنا فى السيف

(والثانى) أنه يقتل بالسيف ، لأنه فعل به مثل ما فعل وبقى ازهاق الروح فوجب بالسيف ، وإن جنى عليه جناية يجب فيها القصاص بأن قطع كفه أو أوضح رأسه فمات فللولى أن يستوفى القصاص بما جنى فيقطع كفه ويوضح رأسه لقوله تعالى (والجروح قصاص) فإن مات به فقد استوفى حقه ، وان لم يمت قتل بالسيف ، لأنه لا يمكن أن يقطع منه عضوا آخر ، لأنه يصير قطع عضوين بعضو وإيضاح موضحتين بموضحة . وان جنى عليه جناية لا يجب فيها القصاص ، كالجائفة وقطع اليد من الساعد فمات منه ففيه قولان

(أحدهما) يقتل بالسيف ولا يقتص منه فى الجائفة ولا فى قطع اليد من الساعد ، لأنه جناية لا يجب فيها القصاص فلا يستوفى بها القصاص كاللواط

(والثانى) يقتص منه فى الجائفة وقطع اليد من الساعد ، لأنه جهة يجوز القتل بها فى غير القصاص ، فجاز القتل بها فى القصاص ، كالقطع من المفصل وحز الرقبة ، فإن اقتص بالجائفة أو قطع اليد من الساعد فلم يمت قتل بالسيف لأنه لا يمكن أن يجاف جائفة أخرى ، ولا أن يقطع منه عضو آخر فتصير جائفتان بجائفة ، وقطع عضوين بعضو

(الشرح) حديث البراء بن عازب ذكره الحافظ فى تلخيص الحبير فى كتاب الجراح من باب ما جاء فى التشديد فى القتل الحديث ١٦٣١ « من حرق حرقناه ومن غرق أغرقناه » هكذا بالهمز فى المضارع وقال أخرجه البيهقى فى المعرفة من حديث عمران بن نوفل بن زيد بن البراء عن أبيه عن جده ، وقال فى الاسناد : بعض من يجهل ، وإنما قاله زياد فى خطبته اه

وقال فى الدراية فى تخريج أحاديث الهداية : حديث من غرق غرقناه .

البيهقى من رواية عمران بن يزيد بن البراء عن أبيه عن جده بهذا وفيه : من حرق حرقناه ومن عرض عرضنا له . وفى إسناده من لا يعرف اه

(قلت) وقد رجعت إلى كتب الرجال فلم أجد ذكراً لعمران بن نوفل ، ولا نوفل بن زيد ولا زيد بن البراء ، ثم عدت إلى الرواية الأخرى التى ذكرها فى الدراية فلم أجد إلا ذكر عمران بن يزيد موصوفا بالجهالة ، أما يزيد بن البراء فقد قال فى التقريب « صدوق من الثالثة »

أما الأحكام فإنه إذا قتل بالسيف لم يقتص منه إلا بالسيف لقوله تعالى «فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم » ولأنه أوحى الآلات ، وإن حرقه أو غرقه أو رماه بحجر أو من شاهق فمات أو ضربه بخشبة أو حبسه ومنعه الطعام والشراب حتى مات ، فللولى أن يقتص منه بهذه الأشياء ، وبه قال مالك وأما أبو حنيفة فإنه يقول : هذه الجنايات لا توجب القصاص إلا التحريق بالنار فإنه يوجب القصاص ، ولكن لا يجوز أن يقتص منه إلا بالسيف ، دليلنا قوله تعالى « فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم » ولحديث «أن يهودياً رض رأس جارية من الأنصار بين حجرين فوجدت وبها رمق ، فقيل من فعل بك هذا ؟ فلان ؟ فأومأت أن لا إلى أن سئلت عن اليهودى فأومأت برأسها أى نعم ، فأخذوا اليهودى فاعترف ، فأمر به النبى صلى الله عليه وسلم فرضخ رأسه بين حجرين » ولأنها آلة يجوز بها قتل المشركين فجاز استيفاء القصاص بها كالسيف وللولى أن يقتله بالسيف لأنه أوحى وأروح من التعذيب

أما إذا قتله بالسحر فإنه يقتله بالسيف لأن السحر ليس سلاحا فى الاسلام لقتال المشركين ، وليس آلة للقصاص وليس له مثل

أما إذا قتله باللواط فهل يجب فيه القصاص ؟ فيه وجهان حكاهما أصحابنا الخراسانيون (أحدهما) لا يجب فيه القصاص ، لأن المقصود به طلب اللذة فكان عمد خطأ (والثانى) وهو قول البغداديين — وهو الاصح — أنه يجب به القصاص لأنه قتله بما يقتل مثله غالبا فوجب عليه القصاص ، كما لو قتله بالسيف . فعلى هذا فى كيفية استيفاء القصاص منه وجهان

(أحدهما) يقتل بسيف لأن اللواط محرم فقتل بالسيف كالسحر

(والثانى) يعمل به مثل ماعمل بخشبة إلى أن يموت ، لأنه أقرب إلى فعله .
وإن قتله بشرب الخمر وجب عليه القصاص ، وكيف يستوفى منه القصاص ؟ فيه وجهان (أحدهما) يقتل بالسيف لأن الخمر محرم فهو كالسحر (والثانى) يقتل بشرب الماء لأنه أقرب إلى فعله .

فأما حديث « لا قود إلا بالسيف» فقال أحمد ليس إسناده بجيد ، هكذا نقله ابن قدامة فى المغنى .

إذا ثبت هذا فإنه إذا ضربه بالسيف فلم يمت فإنه يوالى عليه الضرب الى أن يموت لأنه أوحى الآلات ، وان فعل به مثل ما فعل به من الضرب بالمثقل والرمى من شاهق أو منعه من الطعام والشراب مثل الذى منعه فلم يمت ففيه قولان (أحدهما) يكرر عليه ذلك إلى أن يموت ، كما قلنا فى السيف

(والثانى) لا يكرر عليه ذلك بل يقتله بالسيف لأنه قد فعل به مثل ما فعل به ؛ ولم يبق الا إزهاق الروح فوجب بالسيف ، وإن جنى عليه جناية يجب فيها القصاص بأن أوضح رأسه أو قطع يده أو رجله من المفصل فمات فللمجنى عليه أن يوضح رأسه ويقطع يده .

وقال أبو حنيفة . ليس له قطع الطرف ، وهو إحدى الروايتين عن أحمد ، لأن ذلك يفضى الى الزيادة على ما جناه الأول ، والقصاص يعتمد المماثلة ، فمتى خيف فيه الزيادة سقط ، كما لو قطع يده من نصف الذراع والرواية الثانية عن أحمد يجب القصاص فى الطرف فإن مات به والا ضربت عنقه

(قلت) هذا هو مذهبنا لأنه ليس بزيادة لأن فوات النفس بسراية فعله وسراية فعله كفعله ، فأشبه ما لو قطعه ثم قتله ، ولأن زيادة الفعل فى الصورة محتمل فى الاستيفاء ، كما لو قتله بضربة فلم يمكن قتله فى الاستيفاء إلا بضربتين ، فإن جنى عليه جناية مثل أن هشم رأسه أو أجافه أو قطع يده من بعض الساعد أو العقد فمات ففيه قولان

(أحدهما) لا يجوز له الاقتصاص بهذه الجنايات بل يقتله بالسيف لما روى العباس بن عبد المطلب أن النبى صلى الله عليه وسلم قال «ليس فى المنقلة قصاص» ولأنها جناية لا يجب بها القصاص اذا لم تسر الى النفس ، فلم يجب بها القصاص

وإن سرت إلى النفس كاللواط (والثانى) يجوز له الاقتصاص به لقوله تعالى «فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم» ولقوله تعالى «والجروح قصاص» ولأنها جراحة يجوز لها قتل المشرك فجاز استيفاء القصاص بها كالقتل بالسيف، فعلى هذا إذا فعل به مثل ما فعل به فلم يمت قتله بالسيف لأنه قد فعل به مثل ما فعل به، ولم يبق إلا إزهاق الروح فكان بالسيف

(فرع) إذا أوضحه بالضرب بالسيف أو بالرمى بالحجر لم يوضحه بضرب السيف ولا بالرمى بالحجر، بل يوضحه بحديدة ماضية بعد أن يضبط الجانى، لأنه يستوفى منه أكثر مما جناه.

(مسألة) إذا جنى عليه جناية ذهب بها ضوء العين نظرت فإن كانت جناية لا يجب فيها القصاص كالهاشمة والمنقلة لم يقتص منه بالهاشمة والمنقلة لأنه لا يجب فيها القصاص، ولكن يذهب ضوء العين بكافور يطرح فى العين أو بإدناء حديدة حامية إليها، لأن ذلك أسهل ما يمكن، ولا يقلع الحدقة لأنه لم يقلع حدقته، وإن كانت جناية يجب فيها القصاص كالموضحة اقتص منه فى الموضحة، فإن ذهب ضوء العين فقد استوفى حقه، وإن لم يذهب الضوء عولج الضوء بما يذهبه بالكافور أو بإدناء الحديدة الحامية من العين على ما مضى

وإن لطمه فأذهب ضوء عينيه فهل له أن يلطمه؟ اختلف أصحابنا فيها فقال الشيخ الإمام أبو إسحاق الاسفراينى[1] ليس له أن يلطمه، وإنما يعالج إذهاب الضوء بما ذكرناه لما روى يحى بن جعدة أن أعرابيا قدم بجلوبة (وهو مايجلب للبيع من بعيد وضبطها بعض الفقهاء بحلوبة) له إلى المدينة فساومه فيها مولى لعثمان فنازعه فلطمه ففقأ عينه، فقال له عثمان هل لك أن أضعف لك الدية وتعفو؟ فأبى فرفعهما الى على فقضى بما حكاه المصنف. وقد كانت المرايا تصنع من الحديد المصقول يتراءى فيها الانسان وجهه، ولأن اللطم لا يمكن اعتبار المماثلة فيه.

---

(١) اذا قال النووى (الإمام) وأطلق انصرف الى امام الحرمين أبى المعالى الجوينى، واذا قال الشيخ أبو اسحاق الشيرازى (الإمام أو الشيخ الإمام) وأطلق انصرف ذلك الى الشيخ أبى اسحاق الاسفراينى

ولهذا لو انفرد بإذهاب الضوء لم يجب فيه القصاص وقال الشيخ أبو حامد : يلطمه كما لطمه ، وهو المنصوص فى الام ، فإن ذهب ضوء عينه فقد استوفى حقه وان لم يذهب الضوء عولج بما يذهب الضوء لقوله تعالى « فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم »

قال الشافعى فإن لطمه الجانى فأذهب ضوء عينه وابيضت عينه وشخصت ، يعنى ارتفعت ، فإنه يلطمه مثله ، فإن أذهب ضوء عينه فابيضت وشخصت فقد استوفى حقه ، وان لم تبيض ولم يشخص — فإن أمكن معالجة العين حتى يبيض ويشخص — فعل ، وان لم يمكن فلا شيء عليه ، لأن الجناية انما هى ذهاب العين . فأما البياض والشخوص فإنما هو شين ، والشين لا يوجب شيئا ، كما لو شجه موضحة فاقتص منه مثلها ثم برىء — أى المجنى عليه — وبقى عليه شين وبرىء رأس الشاج ولا شين عليه ، فإنه لا يجب له شيء فكذلك هذا مثله . وان قلع عينه بأصبعه — فإن قلع المجنى عليه عينه بحديدة جاز — لأنه أوحى وان أراد أن يقلع عينه بأصبعه ففيه وجهان

(أحدهما) له ذلك لقوله تعالى « فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم »

(والثانى) ليس له ذلك لأنه لا يمكن اعتبار المماثلة فيه .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

﴿ فصل ﴾ وان أوضح رأسه بالسيف اقتص منه بحديدة ماضية كالموسى ونحوه ، ولا يقتص منه بالسيف لأنه لا يؤمن أن يهشم العظم .

(فصل) وان جنى عليه جناية ذهب منها ضوء عينيه نظرت — فإن كانت جناية لا يجب فيها القصاص كالهاشمة — عولج بما يزيل ضوء العين من كافور يطرح فى العين أو حديدة حامية تقرب منها ، لأنه تعذر استيفاء القصاص فيه بالهاشمة ولا يقلع الحدقة لأنه قصاص فى غير محل الجناية فعدل الى أسهل ما يمكن كما قلنا فى القتل باللواط . وان كانت جناية يمكن فيها القصاص كالموضحة اقتص منه

فإن ذهب الضوء فقد استوفى حقه ، وإن لم يذهب عولج بما يزيل الضوء على ما ذكرناه فى الهاشمة ، وإن لطمه فذهب الضوء فقد قال بعض أصحابنا انه يلطم كما لطم فإن ذهب الضوء فقد استوفى حقه ، وإن لم يذهب عولج على ما ذكرناه . وقال الشيخ الامام : ويحتمل عندى إنه لا يقتص منه باللطمة بل يعالج بما يذهب الضوء على ماذكرناه فى الهاشمة . والدليل عليه ماروى يحيى بن جعدة أن أعرابيا قدم بحلوبة له إلى المدينة فساومه فيها مولى لعثمان بن عفان رضى الله عنه ، فنازعه فلطمه ففقأ عينه ، فقال له عثمان هل لك أن أضعف لك الدية وتعفو عنه ؟ فأبى فرفعهما إلى على ، فدعا على رضى الله عنه بمرآة فأحماها ثم وضع القطن على عينه الأخرى ، ثم أخذ المرآة بكلبتين فأدناها من عينه حتى سال إنسان عينه ، ولأن اللطم لا يمكن اعتبار المماثلة فيه ، ولهذا لو انفرد من إذهاب الضوء لم يجب فيه القصاص ، فلا يستوفى به القصاص فى الضوء كالهاشمة .

وإن قلع عين رجل بالأصبع فأراد المجنى عليه أن يقتص بالأصبع ففيه وجهان (أحدهما) أنه يجوز لأنه يأتى على ما تأتى عليه الحديدة مع المماثلة (والثانى) لا يجوز لأن الحديد أرجى فلا يجوز بغيره

(الشرح) إذا وجب له القصاص بالسيف فإن الحاكم يمكّن الولىّ من ضرب عنق الجانى ، فإن ضرب عنقه بالسيف فأبانه فقد استوفى حقه ، وإن ضربه فى غير العنق ، فإن مات فقد استوفى حقه ، وإن لم يمت سئل عن ذلك ، فإن قال تعمد ضرب ذلك الموضع عزره الحاكم لقوله تعالى « فلا يسرف فى القتل إنه كان منصورا » معناه لا يمثل به فى القتل ، وقيل معناه لا يقتل غير قاتله ويؤمر أن يوكل من يقتص له ولا يلزمه ضمان ، لأن له إتلاف جملته .

وإن قال أخطأت — فإن ضرب موضعاً يجوز أن يخطىء فى مثله ، مثل أن يصاب الكتف وما يلى الرأس من العنق فالقول قوله مع يمينه ، لأن ما يدعيه ممكن ولا تعزير عليه ، وإن أصاب موضعاً لا يجوز أن يخطىء فى مثله ، مثل أن ضرب وسط رأسه وظهره أو رجله لم يقبل قوله ، لأنه خلاف الظاهر ويعزر

ولا يضمن أيضا . فان قال لا أحسن الاقتصاص أمرنا بالتوكيل . وان قال أنا أحسن وطلب أن يقتص بنفسه فقد قال الشافعى رضى الله عنه فى موضع ليس له ذلك ويؤمر بالتوكيل . وقال فى موضع يمكن نائبا من الاقتصاص ، فاختلف أصحابنا فيه ، فمنهم من قال فيه قولان : أحدهما لا يمكن لأنه لا يؤمن مثل ذلك منه ، والثانى يمكن لأن الظاهر أنه لا يعود الى مثله ، ومنهم من قال ليست على قولين ، وانما هى على اختلاف حالين ، فحيث قال يؤمر بالتوكيل أراد إذا كان لا يحسن ولا يوجد منه قبل ذلك ، وحيث قال يمكن أراد به اذا علم منه أنه يحسن الاستيفاء .

(فرع) وان وجب له القصاص فى أنملة فاقتص فى أنملتين — فان كان عامداً — وجب عليه القصاص ، وان كان مخطئا وجب عليه الارش دون القود وان استوفى أكثر من حقه باضطراب الجانى لم يلزم المقتص شىء ، لأنه حصل بفعل الجانى فهدر .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وان وجب له القصاص بالسيف فضربه فأصاب غير الموضع وادعى أنه أخطأ — فان كان يجوز فى مثله الخطأ — فالقول قوله مع يمينه ، لأن ما يدعيه محتمل . وان كان لا يجوز فى مثله الخطأ لم يقبل قوله ولا يسمع فيه يمينه ، لأنه لا يحتمل ما يدعيه ، وان أراد أن يعود ويقتص فقد قال فى موضع لا يمكن ، وقال فى موضع يمكن .

ومن أصحابنا من قال هما قولان (أحدهما) لا يمكن لأنه لا يؤمن مثله فى الثانى (والثانى) أنه يمكن لأن الحق له ، والظاهر أنه لا يعود الى مثله . ومن أصحابنا من قال ان كان يحسن مُكن لأن الظاهر أنه لا يعود الى مثله ، وان لم يحسن لم يمكن لأنه لا يؤمن أن يعود الى مثله . وحمل القولين على هذين الحالين وان وجب له القصاص فى موضحة فاستوفى أكثر من حقه أو وجب له القصاص فى أنملة فقطع أنملتين — فان كان عامداً — وجب عليه القود فى الزيادة ، وان كان خطأ وجب عليه الأرش ، كما لو فعل ذلك فى غير القصاص ، وان استوفى

أكثر من حقه باءطراب الجانى لم يلزمه شيء ، لأنه حصل بفعله فهدر .

(فصل) وإن اقتص من الطرف بحديدة مسمومة فمات لم يجب عليه القصاص لأنه تلف من جائز وغير جائز ، ويجب نصف الدية لأنه هلك من مضمون وغير مضمون ، فسقط النصف ووجب النصف

(الشرح) إذا وجب له القصاص فى اليمين فقال المقتص للجانى اخرج يمينك لأقطعها ، فأخرج الجانى يساره فقطعها المقتص ، نظرت فى الجانى — فإن قال تعمدت إخراج اليسار وعلمت أن قطعها لا يجزىء عن اليمين فلا قود على المقتص ولا دية ، سواء علم المقتص أنها اليسار أو لم يعلم ، لأنه قطعها ببذل صاحبها فهو كما لو قال اقطع يدى فقطعها ، غير أن المقتص إن كان عالما بأنها اليسار عزر لأنه فعل فعلا محرماً ، وإن لم يعلم لم يعزر ، وسواء أذن الجانى فى قطعها بالقول أو قال له المقتص اخرج يمينك لأقطعها فأخرج يساره وهو ساكت ومدها فقطعها المقتص لأنه بذلها له بإخراجها اليه لا على سبيل العوض ، والفعل فى ذلك يقوم مقام النطق ، كما لو دفع الى رجل صرة وقال ارمها فى البحر فأخذها ورماها فلا ضمان عليه : وكذلك لو قال : ادفع إلى صرتك لأرميها فى البحر فدفعها اليه وهو ساكت فرماها فلا ضمان عليه ، وكما لو قدم اليه طعاماً وقال كله ، هو كما لو استدعى منه الطعام فقدمه اليه فأكله ، فإن مات المقطوع يساره من قطعها ، فلا قود على المقتص

وقال ابن الصباغ : ولا يجب عليه دية النفس ، وهل تجب الكفارة على المقطوعة يساره ؟ قال المسعودى فيه وجهان بناء على الوجهين فيمن قتل نفسه وطريقة أصحابنا البغداديين أن من قتل نفسه تجب عليه الكفارة وجها واحداً فعلى هذا يجب عليه الكفارة ها هنا

وإن قال المقتص منه وقع فى سمعى أنه قال اخرج يسارك فأخرجتها ، أو سمعت أنه قال اخرج يمينك ، ولكن دهشت فأخرجت اليسار وظننتها اليمين ، وأخرجت اليسار عامداً لكن ظننت أن قطعها يجزىء عن اليمين نظرت فى المقتص فإن لم يعلم أنها اليسار فلا قود عليه للشبهة . وهل تجب عليه الدية ؟

فيه وجهان (أحدهما) لا تجب عليه الدية لأنه قطعها ببذل صاحبها ، فهو كما لو قال اقطع يدى فقطعها (والثانى) تجب عليه الدية ، وهو الأصح لأن الجانى بذل لتكون يساره عوضاً عن اليمين ، فإذا لم يقع عنها وجب له قيمتها ، كما لو باع سلعة بيعاً فاسداً وسلمها إلى المشترى وتلفت

وإن كان المقتص عالما بأنها اليسار فهل يجب عليه القود فى يساره؟ فيه وجهان قال أبو حفص بن الوكيل يجب عليه القصاص لأنه قطع يداً غير مستحقة له مع العلم بتحريمها .

وقال أكثر أصحابنا لا يجب عليه القصاص — وهو الأصح — لأنه قطعها ببذل صاحبها ، و يجب عليه ديته ، لأن صاحبها بذلها لتكون عوضاً عن اليمين فإذا لم يقع وجب له قيمتها ، كما لو باع سلعة فاسدة وقبضها المشترى وتلفت منه. إذا ثبت هذا فإن القصاص باق للمقتص فى يمين الجانى لأنه لم يسقط حقه عنها. قال الشافعى رحمه الله : لا يقتص منه فى اليمين حتى يندمل يساره ؛ وقال فيمن قطع يدى رجل أو رجليه دفعة واحدة أنه تقطع يده به أو رجليه فى وقت واحد ، فمن أصحابنا الخراسانيين من جعل المسألتين على قولين ، ومنهم من حملهما على ظاهرهما ، ولم يذكر أصحابنا البغداديون غيره ، وفرق بينهما بأنه اذا قطع يد رجل أو رجليه فقد جمع عليه بين ألمين فجاز له أن يجمع عليه بينهما . وها هنا الجانى لم يجمع عليه بين ألمين فلا يجوز له أن يجمع عليه بينهما .

فإن قيل : أليس لو قطع يمين ويسار آخر يؤخذ القصاص عليه فى إحداهما الى اندمال الاخرى

قلنا الفرق بينهما أن القطعين مستحقان قصاصا فلهذا جمعنا بينهما . وها هنا أحدهما غير مستحق عليه فلم يجمع بينهما ، وإن سرى قطع اليسار إلى نفس الجانى فى الموضع الذى قال ظننتها اليمين وظننت أن قطعها يجزى عن اليمين .

قال ابن الصباغ فانه يجب على المقتص دية كاملة ، وقد تعذر عليه القصاص فى اليمين فيجب دية يده فيقاص بها مما عليه

قال : وحكى عن الشيخ أبى حامد أنه قال : عندى أنه استوفى حقه من اليمين بتلفه ، كما لو كان قصاص فى اليد فقطعها ثم قتله

ووجه الأول أن حقه فى قطع اليد ولم يحصل ، وإنما قتله فقد ضمنها مع النفس بالدية .

قال ابن الصباغ ويلزمه أن يقول فيه : إذا بذلها مع العلم بها وسرت أيضا ، أن يكون مستوفياً لليمين ، لأن البدل فيما استحق إتلافه لا يمنع استيفاء الحق ، وإنما تكون سرايتها هدراً فيما لا يستحقه

(مسألة) إذا اختلفا فقال المقتص : بذلت اليسار وأنت عالم بأنها اليسار ، وأنه لا يجزى قطعها عن اليمين ، وقال الجانى بذلتها ولم أعلم أنها اليسار أو لم أعلم أن قطعها لا يجزىء عن اليمين فالقول قول الجانى مع يمينه لأنه أعلم بنفسه ، وإن حلف كان الحكم فيه حكم ما لو صادقه المقتص على أنه بذلها ولم يعلم أنها اليمين ؛ وإن نكل الجانى حلف المقتص وكان الحكم فيه حكم ما لو أقر الجانى انه بذلها مع علمه أنها اليسار وأنه لا يجزى قطعها عن اليمين ، فإذا وجب له القصاص فى اليمين فاتفقا على أن يقتص منه باليسار بدلا عنها لم يقع عن اليمين ، لأن ما لا يجوز قطعه بالشرع لا يجوز بالتراضى ، كما لو قتل غير القاتل برضاه ولا قصاص على المقتص لأنه قطعها ببذل صاحبها ويجب عليه دية اليسار ، فإن كانا عالمين بأن ذلك لا يجوز أثما ، وإن كانا جاهلين لم يأثما ، وان كان أحدهما عالما والاخر جاهلا أثم العالم منهما . وهل يسقط حق المقتص من القصاص فى اليمين ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) يسقط لأنه لما رضى بأخذ اليسار عن اليمين صار ذلك عفواً منه عن اليمين . فعلى هذا يجب عليه دية يد وله دية يد فيتقاصان إن استويا ، وان تفاضلا بأن كان أحدهما رجلا والاخر امرأة ، أو كان المقتص مسلما والجانى كافرا رجع من له الفضل بماله من الفضل

(والثانى) لا يسقط حقه من القصاص فى اليمين ، لأنه إنما رضى باسقاط حقه من القصاص بأن يكون اليسار بدل اليمين ، فاذا لم يصح أن يكون بدلا عنها كان حقه باقياً فى المبدل كما لو صالح على الإنكار ؛ فعلى هذا ليس له أن يقتص فى اليمين إلا بعد اندمال اليسار ، قال ابن الصباغ : والأول أصح لأن غرضه قد حصل له وهو القطع .

(فرع) إذا كان المقتص منه مجنوناً والمقتص عاقلا فقال له : أخرج يمينك فأخرجها المجنون فقطعها فقد استوفى حقه ، لأن المقتص من أهل الاستيفاء ، وان كان المقتص منه ليس من أهل البذل والاعتبار بالمقتص ، فان قال المقتص أخرج يمينك فأخرج المجنون يساره فقطعها المقتص — فان كان المقتص عالما أنها اليسار — وجب عليه القصاص فى اليمين ، وإن كان المقتص غير عالم بأنها اليسار لم يجب عليه القصاص فى اليسار للشبهة ولكن عليه دية اليسار ، لأن بذل المجنون لا يصح ، وله القصاص فى اليمين فلا يقطعها حتى تندمل يساره ، وان كان المقتص منه عاقلا والمقتص مجنونا ، فقال له المجنون أخرج يمينك لأقطعها فأخرجها العاقل باختياره فقطعها المجنون لم يصر مستوفيا ، لأنه ليس من أهل الاستيفاء ولا ضمان عليه لأنه قطعها ببذل صاحبها ووجب للمجنون على العاقل دية يمينه لأن يمينه قد زالت .

وإن أخرج اليه العاقل يساره فقطعها المجنون هدرت اليسار وكان حق المجنون باقيا فى القصاص فى اليمين .

وأما اذا أكرهه المجنون فقطع يمينه فهل يصير مستوفيا لحقه ؟ فيه وجهان مضى ذكرهما فى الصبى الصحيح ، لانه لا يصير مستوفيا ، فان قلنا انه يصير مستوفيا فلا كلام . وان قلنا لا يصير مستوفيا كان للمجنون دية يده على الجانى ووجب للجانى دية يده

فان قلنا ان عمد المجنون عمد وجبت الدية فى ماله ، وان قلنا ان عمده خطأ وجبت على عاقلته . وان كان المقتص والمقتص منه مجنونين وكان القصاص فى اليمين فقطع المقتص يمين المقتص منه فهل يصير مستوفياً لحقه ؟ على الوجهين ، سواء قطعها ببذل المقتص منه أو أكرهه ، لان بذله لا يصح ، فان قلنا يصير مستوفيا فلا كلام . وإن قلنا لا يصير مستوفيا وجب للمقتص دية يده فى مال الجانى ، ويجب للجانى دية يده

فان قلنا ان عمد المجنون عمد وجبت فى ماله ، وان قلنا ان عمده خطأ وجبت على عاقلته . وان قطع المقتص يسار الجانى وجب ضمانها بالدية ، سواء قطعها

ببـذل صاحبها أو بغير بذله لأنه لا يصح بذلك ؛ وفى محل وجوبها القولان فى جنايته هل هى عمد أو خطأ ؟ ويبقى للمقتص القصاص فى اليمين ولا يقتص من الجانى حتى تندمل يساره

قال المصنف رحمه الله تعالى :

﴿ فصل ﴾ وإذا وجب له القصاص فى يمينه فقال . أخرج يمينك فأخرج اليسار من كم اليمين فقطعها ، فإن قال تعمدت إخراج اليسار وعلمت أنه لا يجوز قطعها عن اليمين لم يجب على القاطع ضمان ، لأنه قطعها ببذلها ورضاه . وإن قال ظننتها اليمين أو ظننت أنه يجوز قطعها عن اليمين نظرت فى المستوفى ، فإن جهل أنها اليسار لم يجب عليه القصاص لأنه موضع شبهة ، وهل يجب عليه الدية؟ فيه وجهان

(أحدهما) لا تجب عليه لأنه قطعها ببذل صاحبها .

(والثانى) يجب وهو المذهب ، لأنه بذل على أن يكون عوضاً عن اليمين ، فإذا لم يصح العوض وتلف المعوض وجب له بداه ، كما لو اشترى سلعة بعوض فاسد وتلفت عنده ، فإن علم أنه اليسار وجب عليه ضمانه ، وفيما يضمن وجهان

(أحدهما) وهو قول أبى حفص بن الوكيل أنه يضمن بالقود لأنه تعمد قطع يد محرمة .

(والثانى) وهو المذهب أنه لا يجب القود ، لأنه قطعها ببذل الجانى ورضاه وتلزمه الدية لأنه قطع يداً لا يستحقها مع العلم به ، فإن وجب له القود فى اليمين فصالحه على اليسار لم يصح الصلح ، لأن الدماء لا تستباح بالعوض ، وهل يسقط القصاص فى اليمين ؟ فيه وجهان

(أحدهما) يسقط لأن عدوله إلى اليسار رضا بترك القصاص فى اليمين .

(والثانى) أنه لا يسقط لأنه أخذ اليسار على أن يكون بدلا عن اليمين ولم يسلم البدل فبقى حقه فى المبدل . فإذا قلنا لا يسقط القصاص فله على المقتص دية اليسار ، وللمقتص عليه القصاص فى اليمين . وان قلنا انه يسقط القصاص فله دية اليمين وعليه دية اليسار

وان كان القصاص على مجنون فقال له المجنى عليه أخرج يمينك فأخرج يساره

فقطعها وجب عليه القصاص ان كان عالما أو الدية إن كان جاهلا ، لأن بذل المجنون لا يصح فصار كما لو بدأ بقطعه

(الشرح) إذا قطع رجل يد رجل فاقتص المجنى عليه من الجانى فاندملت يد المجنى عليه ومات الجانى هدر دمه . وبه قال الحسن وابن سيرين ومالك وأحمد وإسحاق وابن المنذر وأبو يوسف ومحمد . وقال عطاء وطاوس والزهرى وأبو حنيفة يكون على المجنى عليه دية كاملة .

دليلنا ما روى عن عمر وعلى رضى الله عنهما أنهما قالا : من مات من حد أو قصاص فلا دية له [1] ولا مخالف لهما فى الصحابة رضى الله عنهم . ويثبت أنه إجماع ، ولأنه جرح مباح غير مجتهد فيه فلم تكن سرايته مضمونة كالقطع فى السرقة ، فقولنا مباح احتراز من القطع بغير حق

وقولنا غير مجتهد فيه احتراز من المولى عليه إذا كانت به أكلة أو سلعة فاجتهد الامام فى قطعها فقطعها فمات منه

وان قطع يد رجل فقطع المجنى عليه يد الجانى ثم سرى القطع الى نفس المجنى عليه كانت السرايه الى نفس الجانى قصاصاً ، لأن السراية فى النفس لما كانت كالجناية فى إيجاب القصاص كانت كالجناية فى استيفاء القصاص ، فإن كان بحالها إلا أن الجانى مات من القطع أولا ثم مات المجنى عليه بعده من القطع ففيه وجهان (أحدهما) أن السراية الى نفس الجانى تكون قصاصا لأن نفسه خرجت مخرج القصاص فكانت قصاصا ، كما لو مات المجنى عليه ثم مات الجانى (والثانى) أن السراية الى نفس الجانى لا تكون قصاصا ، وهو الاصح لأن السراية سبقت وجوب القصاص فلم يقع قصاصا ، وإنما تكون السراية هدرا ، فعلى هذا يجب للمجنى عليه فى مال الجانى نصف الدية ، لأنه قد أخذ يدا بنصف الدية . وان كانت الدية موضحة أخذ منه تسعة أعشار الدية ونصف عشرها لانه أخذ منه ما يساوى نصف عشر الدية .

---

(١) رواه سعيد بن منصور

(مسألة) قوله من وجب عليه قتل بكفر أو ردة الخ ، بجملة ذلك أنه إذا وجب عليه قتل بقصاص أو كفر أو زنا أو التجأ الى الحرم قتل ولم يمنع الحرم منه . وقال أبو حنيفة . لا يستوفى منه القصاص ولا الرجم فى الحرم ، ولكن لا يباع ولا يشترى ولا يكلم حتى يخرج من الحرم ويستوفى منه القصاص والحد دليلنا قوله تعالى « وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس» ولم يفرق ، وقوله تعالى « فاقتلوهم حيث ثقفتموهم » وهذا عام لأنه قتل لا يوجب الحرم ضمانه فلم يمنع منه كقتل الحية والعقرب فيه احتراز من قتل الصيد

(فرع) إذا قتل رجل رجلا عمداً فمات القاتل قبل أن يقتص منه ولى المقتول أو قتله رجل غير ولى المقتول وجبت دية المقتول فى مال القاتل ، وبه قال أحمد . وقال أبوحنيفة يسقط حقه ، دليلنا قوله صلى الله عليه وسلم « فمن قتل بعده قتيلا فأهله بين خيرتين إن أحبوا قتلوا وان أحبوا أخذوا الدية »

وقوله « بين خيرتين » أى شيئين إذا تعذر أحدهما تعين له الآخر ، كما قلنا فى كفارة اليمين . وان وجب له القصاص فى طرف فزال الطرف قبل استيفاء القصاص كان له أرش الطرف فى مال الجانى لما ذكرناه فى النفس والله أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

﴿ باب العفو عن القصاص ﴾

ومن وجب عليه القصاص وهو جائز التصرف فله أن يقتص وله أن يعفو على المال ، لما روى أبو شريح الكعبى « أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : ثم أنتم يا خزاعة قد قتلتم هذا القتيل من هذيل ، وأنا والله عاقله ، فمن قتل بعده قتيلا فأهله بين خيرتين ، إن أحبوا قتلوا وان أحبوا أخذوا الدية » فإن عفامطلقاً بنينا على ما يجب بقتل العمد . وفيه قولان

(أحدهما) أن موجب قتل العمد القصاص وحده ، ولا تجب الدية الا بالاختيار . والدليل عليه قوله عز وجل « كتب عليكم القصاص فى القتلى ، الحر بالحر والعبد بالعبد» ولأن ماضمن بالبدل فى حق الآدمى ضمن ببدل معين كالمال

والقول الثانى أن موجبه أحد الأمرين من القصاص أو الدية . والدليل عليه أن له أن يختار ما شاء منهما ، فكان الواجب أحدهما كالهدى والطعام فى جزاء الصيد ، فإذا قلنا إن الواجب هو القصاص وحده فعفا عن القصاص مطلقا سقط القصاص ولم تجب الدية ، لأنه لا يجب له غير القصاص وقد أسقطه بالعفو ، وإن قلنا إنه يجب أحد الأمرين فعفا عن القصاص وجبت الدية ، لأن الواجب أحدهما ، فإذا ترك أحدهما وجب الآخر ، وإن اختار الدية سقط القصاص وثبت المال ولم يكن له أن يرجع إلى القصاص وإن قال اخترت القصاص فهل له أن يرجع الى الدية ؟ فيه وجهان

(أحدهما) له يرجع لأن القصاص أعلى ، فجاز أن ينتقل عنه إلى الأدنى . (والثانى) ليس له أن يرجع الى الدية لأنه تركها فلم يرجع اليها كالقصاص ، فإن جنى عبد على رجل جناية توجب القصاص فاشتراه بأرش الجناية سقط القصاص لأن عدوله الى الشراء اختيار المال . وهل يصح الشراء ؟ ينظر فيه ، فإن كانا لا يعرفان عدد الإبل وأسنانها لم يصح الشراء لأنه بيع مجهول ، فإن كانا يعرفان العدد والاسنان ففيه قولان

(أحدهما) لا يصح الشراء ، لأن الجهل بالصفة كالجهل بالعدد والسن ، كما قلنا فى السلم .

(والثانى) أنه يصح لأنه مال مستقر فى الذمة تصح المطالبة به ، فجاز البيع به كالعوض فى القرض

(فصل) فإن كان القصاص لصغير لم يجز للولى أن يعفو عنه على غير مال . لأنه تصرف لا حظ للصغير فيه ، فلا يملكه الولى كهبة ماله ، وان أراد أن يعفو على مال — فإن كان له مال أو له من ينفق عليه — لم يجز العفو لأنه يفوت عليه القصاص من غير حاجة ، وإن لم يكن له مال ولا من ينفق عليه ففيه وجهان . (أحدهما) يجوز العفو على مال لحاجته الى المال ليحفظ به حياته (والثانى) لا يجوز وهو المنصوص لأنه يستحق النفقة فى بيت المال ، ولا حاجة به الى العفو عن القصاص ، وان كان المقتول لا وارث له غير المسلمين كان الامر الى السلطان ،

فإن رأى القصاص اقتص ، وان رأى العفو على مال عفا ، لأن الحق للسلمين فوجب على الإمام أن يفعل مايراه من المصلحة ، فإن أراد أن يعفو على غيرمال لم يجز لأنه تصرف لا حظ فيه للمسلمين فلم يملكه

(الشرح) حديث أبى شريح الكعبى مضى تخريجه مع ترجمة راويه آنفاً .
أما الاحكام فإنه اذا قتل غيره عمداً وهما متكافئان فما الذى يجب على القاتل ؟ فيه قولان (أحدهما) أن الواجب عليه هوالقود وحده ، وانما الدية تجب بالعفو بدلا عنه ، وهو قول أبى حنيفة ، وهو اختيار القاضى أبى الطيب لقوله تعالى « كتب عليكم القصاص فى القتلى » الى قوله « فمن عفى له من أخيه شىء فاتباع بالمعروف وأداء اليه بإحسان » فموضع الدليل أنه قال « كتب عليكم القصاص » ولم يذكر الدية فعلم أنها لم تجب بالقتل ، وأيضا فإنه قال « فمن عفى له من أخيه شىء فاتباع بالمعروف » فأمره باتباع الدية اذا عفا عن القود فعلم أن الدية تجب بالعفو لا بالقتل ، ولأن ما ضمن بالبدل فى حق الآدمى ضمن ببدل معين كالمال وقولنا ضمن ببدل احتراز من العين المغصوبة اذا كانت باقية ، وقولنا فى حق الآدمى احتراز من جزاء الصيد

والقول الثانى : أن الواجب عليه أحد شيئين : القود أو الديه ، فإن استقاد الولى علمنا أن الواجب كان هو القود ، وان عفا عن القود على الدية علمنا أن الواجب كان هو الدية ، وهو اختيار الشيخ أبى حامد لقوله صلى الله عليه وسلم « فمن قتل بعده قتيلا فأهله بين خيرتين ، ان أحبوا قتلوا وان أحبوا أخذوا الدية » فخيرهم بين القود والدية ، فعلم أنهما سواء فى الوجوب .

إذا تقرر هذا فقال الولى عفوت عن القود على الدية سقط القود ووجبت الدية على القولين .

وان قال عفوت عن القود والدية سقطا جميعاً على القولين ، وان قال عفوت عن القود وأطلق ، فإن قلنا ان الواجب بقتل العمد أحد شيئين وجبت الدية لأنها واجبة لم يعف عنها . وان قلنا الواجب القود وحده ، ففيه طريقان ، من أصحابنا من قال فيه قولان . فنهم من يحكيهما وجهين (أحدهما) لا تجب الدية

لأنها لا تجب على هذا إلا باختياره لها ولم يخترها فلم تجب (والثانى) تجب الدية لئلا تهـدر الدماء ، والأول أصح ، ومنهم من قال لا تجب الدية قولا واحداً ، وهو قول أبى إسحاق المروزى والمصنف لما ذكرناه للأول ، فإن قال عفوت عن القود إلى الدية ، أو قال عفوت عن القود ولم يقل إلى الدية . وقلنا تجب الدية ثم أراد أن يطالبه بالقود لم يكن له ، لأنه قد سقط ، وإن قال عفوت عن الدية . فإن قلنا إن الواجب هو القصاص وحده لم يصح عفوه ، وكان له أن يقتص ، فإن عفى عن القود بعد ذلك أو على الدية أو عفا مطلقاً وقلنا تجب الدية بالإطلاق استحق الدية ، لأن عفوه الأول عنها كان قبل وجوبها .

فإن قلنا إن الواجب أحد الشيئين ـ سقطت الدية وتعين حقه فى القصاص ـ فإن اقتص منه فلا كلام ، وإن مات القاتل قبل أن يقتص منه ، قال الشافعى رضى الله عنه له أن يأخذ الدية لأنه لما سقط القود بغير اختياره كان له الرجوع إلى بدله ، وإن كان القاتل حياً وأراد الولى أن يعفو عن القود إلى الدية . قال الشافعى : ليس له ذلك ، لأنه كان له أن يختار الدية فلما لم يخترها وتركها لم يكن له العود اليها .

وقال أبو إسحاق : له أن يعفو عن القود ويختار الدية لأنه انتقال من البدل الأغلظ الى الأخف . وإن قال اخترت القصاص فهل له أن يرجع ويعفو عنه الى الدية ؟ فيه وجهـان (أحدهما) له أن يرجع الى الدية لأنه تركها فلم يرجع اليها كالقصاص .

اذا ثبت هذا فللولى أن يعفو عن القود الى الدية ، سواء رضى القاتل به أو لم يرض ، وبه قال ابن المسيب وعطاء والحسن وأحمد واسحاق . وقال مالك وأبو حنيفة : لا يستحق الولى الدية الا برضا القاتل . دليلنا قوله تعالى « كتب عليكم القصاص فى القتلى » الى قوله « فمن عفى له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف وأداء اليه باحسان ذلك تخفيف من ربكم ورحمة »

قيل فى التفسير : معناه فمن عفى له ، يريد به القاتل من أخيه المقتول شيء ، أى على شيء فاتباع بالمعروف ، يريد به على مال فاتباع ، لأنه كان فى شريعة موسى الذى يجب بالقتل هو القصاص فقط ، وفى شريعة عيسى الدية فقط ، فجعل الله

تعالى لهذه الأمة القود فى القتل ، وجعل لهم العفو عنه على مال تخفيفاً منه ورحمة ومن الدليل عليه قوله صلى الله عليه وسلم « فمن قتل بعد قتيلا فأهله بين خيرتين ان أحبوا قتلوا وان أحبوا أخذوا الدية » ولم يعتبر رضى القاتل . وروى عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه قال « الولى مخير فى ذلك بين القتل والدية » ولا مخالف له فى الصحابة فدل على أنه اجماع

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان كان القصاص لجماعة فعفا بعضهم سقط حق الباقين من القصاص لما روى زيد بن وهب أن عمر رضى الله عنه أتى برجل قتل رجلا ، فجاء ورثة المقتول ليقتلوه ، فقالت أخت المقتول وهى امرأة القاتل قد عفوت عن حقى ، فقال عمر رضى الله عنه عتق من القتل »

وروى قتادة رضى الله عنه « أن عمر رضى الله عنه رفع اليه رجل قتل رجلا فجاء أولاد المقتول وقد عفا أحدهم ، فقال عمر لابن مسعود رضى الله عنهما وهو الى جنبه ماتقول ؟ فقال انه قد أحرز من القتل ، فضرب على كتفه وقال كُنَيْف ملىء علما ، ولأن القصاص مشترك بينهم وهو مما لا يتبعض ، ومبناه على الاسقاط فإذا أسقط بعضهم حقه سرى الى الباقى كالعتق فى نصيب أحد الشريكين وينتقل حق الباقين الى الدية لما روى زيد بن وهب قال دخل رجل على امرأته فوجد عندها رجلا فقتلها ، فاستعدى اخوتها عمر ، فقال بعض اخوتها قد صدقت بحقى فقضى لسائرهم بالدية ، ولأنه سقط حق من لم يعف عن القصاص بغير رضاه فثبت له البدل مع وجود المال كما يسقط حق من لم يعتق من الشريكين الى القيمة

(فصل) وان وكل من له القصاص من يستوفى له ثم عفا وقتل الوكيل ولم يعلم بالعفو ، ففيه قولان

(أحدهما) لا يصح العفو ، لأنه عفا فى حال لا يقدر الوكيل على تلافى ما وكل فيه ، فلم يصح العفو ، كما لو عفا بعد مارمى الحربة الى الجانى

(والثانى) يصح لأنه حق له فلا يفتقر عفوه عنه الى علم غيره كالابراء من الدين ، ولا يجب القصاص على الوكيل ، لأنه قتله وهو جاهل بتحريم القتل .

وأما الدية فعلى القولين ، إن قلنا إن العفو لا يصح لم تجب الدية ، كما لا تجب إذا عفا عنه بعد القتل ، وإن قلنا يصح العفو وجبت الدية على الوكيل ، لأنه قتل محقون الدم ولا يرجع بما غرمه من الدية على الموكل . وخرج أبو العباس قولا آخر أنه يرجع عليه لأنه غره حين لم يعلمه بالعفو ، كما قلنا فيمن وطىء أمة غر بحريتها فى النكاح ، وقلنا إن النكاح باطل انه يلزمه المهر ثم يرجع به على من غره فى أحد القولين ، وهذا خطأ لأن الذى غره فى النكاح مسيء مفرط فرجع عليه والموكل ههنا محسن فى العفو غير مفرط

(فصل) فإن جنى على رجل جناية فعفا المجنى عليه عن القصاص فيها ثم سرت الجناية الى النفس ، فإن كانت الجناية مما يجب فيهاالقصاص كقطع الكف والقدم لم يجب القصاص فى النفس ، لأن القصاص لا يتبعض ، فإذا سقط فى البعض سقط فى الجميع ، وإن كانت الجناية مما لا قصاص فيها كالجائفة ونحوها وجب القصاص فى النفس لأنه عفا عن القصاص فيما لا قصاص فيه فلم يعمل فيه العفو

(الشرح) خبر زيد بن وهب أخرجه أبو داود فى سننه ، وخبر عبد الله بن مسعود وقول عمر له « كنيف ملىء علماً . ساقه الذهبى فى سير أعلام النبلاء عن الاعمش عن زيد بن وهب وساق له شاهداً آخر عن معن بن عيسى ، حدثنا معاوية ابن صالح عن أسد بن وداعة أن عمر ذكر ابن مسعود فقال : كنيف ملىء علما آثرت به أهل القادسية .

وقوله « كنيف » تصغير كنف ، والكنف وعاء من أدم يكون فيه أداة الراعى وتصغيره للتعظيم كما قالوا دُوَيهية ، والاحسن فى هذا أنه يعنى الصغر والحقارة لأن ابن مسعود رضى الله عنه كان دميم الخلقة قصيراً . قيل يكاد الجلوس يوارونه من قصره . هكذا أفاده ابن بطال

أما الاحكام فإذا كان القصاص لجماعة فعفا بعضهم عن القود سقط القود عن القاتل لقوله صلى الله عليه وسلم « فأهله بين خيرتين ، ان أحبوا قتلوا وان أحبوا أخذوا الدية ، وهؤلاء لم يحبوا لأن فيهم من لم يحب . وروى أن رجلا قتل رجلا وأراد ورثة المقتول أن يقتصوا فقالت زوجة القاتل وكانت أخت المقتول

قد عفوت عن نصيبي من القود ، فقال عمر رضى الله عنه : نجا من القتـــل ، وكذلك روى عن ابن مسـعود ولا مخالف لهما فى الصحابة فدل على أنه اجماع ، ولأن القصاص يقع مشتركا لا يتبعض ، فإذا سقط بعضه سقط الجميع ، وينتقل حق الباقين الى الدية ، لما أن رجلا دخل على امرأته فوجد معها رجلا فقتلها ، فقال بعض اخوتها قد تصدقت ، فقضى عمر لسائرهم بالدية ، ولأن حقهم سقط من القصاص بغير اختيارهم فانتقل حقهم الى البدل مع وجوده كما ينتقل حق الشريك فى العبد اذا أعتقه شريكه الى القيمة .

(فرع) اذا وجب له القصاص على رجل فرمى اليه بسهم أو بحربة ثم عفا عنه بعد الرمى وقبل الاصابة لم يصح العفو لأنه لا معنى لهذا العفو كما لو جرحه ثم عفا عنه ، وان وجب له القصاص فقد ذكرنا أنه يجوز له أن يوكل من يستوفى له القصاص بحضرة الموكل . وهل يصح أن يوكل من يستوفى له القصاص ، فيه ثلاث طرق سبق لنا بيانها فى الوكالة ، وقلنا الصحيح أنه يصح

قال ابن الصباغ : الا أنا اذا قلنا لا تصح الوكالة فاستوفى الوكيل القصاص فقد حصل به الاســـتيفاء ، لأنه استوفاه باذنه كما نقول فيه اذا باع الوكيل فى الوكالة الفاسدة ، وانما يفيد فسادها هاهنا أن الحاكم لا يمكن الوكيل من الاستيفاء فلو وكل فى الاستيفاء ثم عفا الموكل عن القصاص ، فإن عفا بعد أن قتله الوكيل لم يصح عفوه ، فإن عفا قبل أن يقتله الوكيل ثم قتله الوكيل بعد علمه بالعفو فعلى الوكيل القود ، وان لم يعلم هل كان العفو قبل القتل أو بعده ؟ فلا شىء على الوكيل ، لأن الاصل أن لاعفو ، وان عفا الموكل عن القصاص ثم قتله الوكيل ولم يعلم بالعفو فهل يصح العفو ؟ فيه قولان

(أحدهما) لا يصح العفو لأنه عفا فى وقت لا يمكن تلافيه فلم يصح ، كما لو عفا بعد رمى الحربة الى الجانى

(والثانى) يصح لأنه عفا عن قود غير متحتم قبل أن يشرع فيه الوكيل . فصح كما لو علم الوكيل بالعفو قبل القتل

واختلف أصحابنا فى مأخذ القولين ، فمنهم من قال أصلهما القولان فى الوكيل هل ينعزل قبل أن يعلم بالعزل ، ولم يذكر ابن الصباغ غيره ، ومن أصحابنا

الخراسانيين من قال أصلهما إذا رأى رجلا فى دار الحرب فظنه حربيا فرماه بسهم ثم بان أنه كان مسلماً ومات هل تجب الدية ؟ فيه قولان

وقال الشيخ أبو حامد : القولان ها هنا أصل بأنفسهما ومنهما أخذ الوجهان فى الوكيل ، هل ينعزل قبل أن يعلم بالعزل ، فإذا قلنا إن عفوه لا يصح فلا شىء على الموكل والوكيل ، فإذا قلنا إن عفوه يصح فلا شىء على الموكل وأما الوكيل فلا قصاص عليه لأن له شبهة فى قتله ويجب عليه الدية . وإن قلنا لا تجب عليه الدية فهل تجب عليه الكفارة ؟ فيه وجهان حكاهما الطبرى فى العدة — إن قلنا إن مأخوذ القولين فى الدية من الرمى إلى من ظنه حربياً — فتجب الكفارة ، لأن الدية ها هنا لم تجب

فإن قلنا مأخذهما من عزل الوكيل فلا تجب عليه الكفارة وتكون الدية مغلظة لأنها إما دية عمد محض أو دية عمد خطأ ، وهل تجب فى مال الوكيل أو على عاقلته ؟ فيه وجهان

(أحدهما) وهو قول أبى إسحاق المروزى واختيار الشيخ أبى حامد أنها تجب فى ماله لأنه قصد قتله ، وإنما سقط القصاص لمعنى آخر ، وقال أبو على بن أبى هريرة هو دية عمد خطأ فتجب دية مؤجلة على العاقلة ، لأنه قتله وهو معذور ، فإن قلنا إنها على العاقلة لم يرجع بها الوكيل على الموكل لذلك .

وقال أبو العباس بن سريج : فيه قول آخر : انه يرجع عليه كما قلنا فيمن قدم طعاماً مغصوباً إلى رجل فأكله ولم يعلم أنه مغصوب فإنه يرجع على المقدم اليه فى أحد القولين ، وكما قلنا فيمن غر بحرية امرأة ، والمذهب الأول ، لأن العفو مندوب اليه والغرور محرم .

إذا تقرر هذا فإن كان الموكل قد عفا عن القود والدية أو عفا مطلقا وقلنا لا تجب له الدية فلا كلام ، وإن عفا عن القود إلى الدية أو عفا مطلقا — وقلنا يجب له الدية وجبت له الدية فى مال الجانى ، وتكون لورثة الجانى مطالبة الوكيل بدية الجانى ، وليس كالأخوين إذا قتل أحدهما قاتل أبيه بغير إذن أخيه حيث قلنا فى محل نصيب الأخ الذى لم يقتل من الدية قولان (أحدهما) فى تركة قاتل أبيه (والثانى) فى ذمة أخيه ، والفرق بينهما أن الأخ أتلف حق أخيه فوجبت عليه

بدله . وها هنا أتلفه الوكيل بعد سقوط حق الموكل عليه بالعفو ، هـذا ترتيب البغداديين . وقال الخراسانيون : إن قلنا لا دية على الوكيل فلا دية للموكل على الجانى ، وكان الوكيل استوفى القصـــاص ، فإن قلنا عليه الدية فله الدية فى مال المجنى عليه .

(مسألة) إذا جنا عليه جناية يجب فيها القصاص بأن قلع عينه أو قطع يده أو رجله فعفا المجنى عليه عن القصاص ثم سرت الجناية الى نفس المجنى عليه لم يجب القصاص . وحكى عن مالك أنه قال : يجب القصاص ، لأن الجناية صارت نفساً . ولنا أنه يتعذر استيفاء القصاص فى النفس دون ما عفى عنه فسقط القصاص فى النفس كما لو عفا بعض الأولياء ، ولأن الجناية إذا لم يجب فيها القصاص لم يجب فى سرايتها كما لو قطع يد مرتد ثم مات

إذا ثبت هذا فإن كان المجنى عليه قد عفا على مال وجبت فيه دية كاملة ، فإن كان قد أخذ دية العضو المقلوع استوفى الولى باقى دية النفس . وإن لم يأخذ شيئا من الدية أخذ الولى بجميع الدية ، وان كان المجنى عليه عفا عن العين واليد والرجل على غير مال وجب لوليه نصف الدية . وقال أبو حنيفة تجب الدية كاملة . وقال أبو يوسف ومحمد لا شىء على الجانى . دليلنا أنه بالجناية وجب عليه نصف الدية فإذا عفا عن الدية سقط ما وجب دون ما لم يجب ، فاذا صارت نفسا وجب بالسراية نصف الدية فلم يسقط أرشها بسرايتها ، وانما دخل فى أرش النفس ، وان كان قد جنا عليه جناية لا قصاص فيها كالجائفة وكسر الظهر فعفا المجنى عليه عن القصاص فيها ثم سرت الجناية الى نفس المجنى عليه فمات كان لوليه أن يقتص فى النفس لأنه عفا عن القصاص فيما لا قصاص فيه ، فلم يؤثر العفو فيه .

(فرع) وان قطع يد رجل فعفا المجنى عليه عن القصاص على مال أو على غير مال ثم عاد الجانى فقتله قبل الاندمال ففيه ثلاثة أوجه ، أحدها وهو قول أبى سعيد الاصطخرى ان للولى القصاص فى النفس ، لأن الجناية الثانية متفردة عن الأولة فلم يدخل حكمها فى حكمها ، كما لو قتله آخر ، فان عفا عنه على مال كان له كمال الدية ، لأن الجناية على الطرف اذا وردت عليها الجناية على النفس صارت

فى حكم المندملة فلم يدخل أرش أحدهما فى أرش الآخر . والوجه الثانى أنه لا يجب القصاص لأن الجناية والقتل كالجناية الواحدة، فإذا سقط القصاص فى بعضها سقط فى جميعها ، كما لو سرى قطع اليد إلى النفس ، فإن عفا عنه على مال كان له نصف الدية ، لأنه قد وجب له جميع الدية وقد أخذ نصفها أو سقط حقه عنه فبقى حقه فى نصف الدية . والثالث وهو المنصوص أن للولى أن يقتص فى النفس لأنهما جنايتان عفا عن إحداهما ولم يعف عن الاخرى فصار كما لو قتله آخر . وإن عفا عنه الولى كان له نصف الدية ، لأن أرش الطرف يدخل فى أرش النفس فإذا أخذه أو سقط حقه عنه بالعفو بقى الباقى له من الدية

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن قطع أصبع رجل عمداً فعفا المجنى عليه عن القصاص والدية ثم اندملت سقط القصاص والدية

وقال المزنى رحمه الله : يسقط القصاص ولا تسقط الدية ، لأنه عفا عن القصاص بعد وجوبه فسقط ، وعفا عن الدية قبل وجوبها ، لأن الدية لا تجب إلا بالاندمال والعفو وجد قبله فلم تسقط ، وهذا خطأ لأن الدية تجب بالجناية والدليل عليه أنه لو جنى على طرف عبده ثم باعه ثم اندمل كان أرش الطرف له دون المشترى ، فدل على أنه وجب بالجناية ، وإنما تأخرت المطالبة الى ما بعد الاندمال فصار كما لو عفا عن دين مؤجل

فإن سرت الجناية إلى الكف واندملت سقط القصاص فى الاصبع بالعفو ، ولم يجب فى الكف ، لأنه تلف بالسراية ، والقصاص فيما دون النفس لا يجب بالسراية وسقطت دية الاصبع لأنه عفا عنها بعد الوجوب ، ولا يسقط أرش ما تسرى اليه لأنه عفا عنه قبل الوجوب

وإن سرت الجناية إلى النفس نظرت فإن قال عفوت عن هذه الجناية قودها وديتها وما يحدث منها ، سقط القود فى الاصبع والنفس لأنه سقط فى الاصبع بالعفو بعد الوجوب ، وسقط فى النفس لأنها لا تتبعض .

وأما الدية فإنه إن كان العفو بلفظ الوصية فهو وصية للقاتل ، وفيها قولان

فإن قلنا لا تصح وجبت دية النفس ، وإن قلنا تصح وخرجت من الثلث سقطت وإن خرج بعضها سقط ما خرج منها من الثلث ووجب الباقي . وإن كان بغير لفظ الوصية فهل هو وصية في الحكم أم لا ؟ فيه قولان

(أحدهما) أنه وصية لأنه يعتبر من الثلث

(والثاني) أنه ليس بوصية لأن الوصية ما تكون بعد الموت ، وهذا إسقاط في حال الحياة ، فإذا قلنا انه وصية فعلى ما ذكرناه من القولين في الوصية للقاتل وإن قلنا انه ليس بوصية صح العفو عن دية الاصبع لأنه عفا عنها بعد الوجوب ولا يصح عما زاد لأنه عفا قبل الوجوب فيجب عليه دية النفس الا أرش أصبع

وأما اذا قال عفوت عن هذه الجناية قودها وعقلها ولم يقل وما يحدث منها ، سقط القود في الجميع لما ذكرناه ولا تسقط دية النفس لأنه أبرأ منها قبل الوجوب وأما دية الأصبع فإنه إن كان عفا عنها بلفظ الوصية أو بلفظ العفو وقلنا انه وصية فهو وصية للقاتل — وفيها قولان — وان كان بلفظ العفو وقلنا انه ليس بوصية فإن خرج من الثلث سقط ، وان خرج بعضه سقط منه ما خرج ووجب الباقي لأنه ابراء عما وجب

(فصل) فإن جنى جناية يجب فيها القصاص كقطع اليد فعفا عن القصاص وأخذ نصف الدية ثم عاد فقتله ، فقد اختلف أصحابنا فيه ، فذهب أبو سعيد الاصطخري رحمة الله عليه الى أنه يلزمه القصاص في النفس أو الدية الكاملة ان عفى عن القصاص ، لأن القتل منفرد عن الجناية ، فلم يدخل حكمه في حكمها فوجب لأجله القصاص أو الدية

ومن أصحابنا من قال لا يجب القصاص ويجب نصف الدية لأن الجناية والقتل كالجناية الواحدة ، فإذا سقط القصاص في بعضها سقط في جميعها ويجب نصف الدية لأنه وجب كمال الدية وقد أخذ نصفها وبقي له النصف

ومنهم من قال يجب له القصاص في النفس وهو الصحيح ، لأن القتل انفرد عن الجناية ، فعفوه عن الجناية لا يوجب سقوط ما لزمه بالقتل ويجب له نصف الدية لأن القتل اذا تعقب الجناية قبل الاندمال صار بمنزلة ما لو سرت الى النفس ولو سرت وجب فيها الدية ، وقد أخذ النصف وبقي النصف

(الشرح) إذا قطع رجل أصبع رجل ، فقال المجنى عليه عفوت عن هذه الجناية قودها وديتها نظرت - فإن اندمل الجرح ولم يسر إلى عضو ولا نفس - سقط القود والدية ، وبه قال أبو حنيفة وأحمد ، وقال أبو يوسف ومحمد : إن العفو عن الجناية عفو عما يحدث منها . وممن قال بصحة عفو المجروح عن دمه مالك وطاوس والحسن وقتادة والأوزاعي .

وقال المزني لا يصح العفو عن الارش لأنه أسقطه قبل وجوبه ، بدليل أنه لا يملك المطالبة به قبل الاندمال . وهذا خطأ لأنه وجب بالجراحة فصح إسقاطه وأما المطالبة به فإنه يملك المطالبة به في أحد القولين ، ولا يملكه في الآخر فيكون كالدين المؤجل يصح إسقاطه قبل محل دفعه . وإن سرت الجناية إلى كفه واندمل سقط القود والدية في الاصبع لما ذكرناه . وأما الكف فلا قود فيه ، لأن القود في العضو لا يجب بالسراية ، ولا تصـــح البراءة من دية ما زاد على الاصبع . ومن أصحابنا الخراسانيين من قال يصح لأنه سراية جرح غير مضمون ، والاول أصح لأنه إبراء عما لم يجب .

وإن سرت الجناية الى النفس نظرت — فان قال عفوت عن هذه الجناية قودها وديتها ولم يقل وما يحدث منها — فإن القصاص لا يجب في الاصبع لأنه عفا عنه بعد الوجوب ، ولا يجب القصاص في النفس لأن القصاص اذا سقط في الاصبع سقط في النفس لأنه يتبعض .

وحكى الخراسانيون عن ابن سريج قولا آخر مخرجا أنه يجب لأنه عفا عن القود في الطرف لا في النفس . وهذا ليس بمشهور . وأما الارش فقد عفا عن أرش الاصبع بعد وجوبه ، فينظر فيه — فإن كان ذلك بلفظ الوصيـة بأن قال عفوت عن الجاني عن قود هذه الجناية وأوصيت له بأرشها فقد وجد منه ذلك في مرض موته .

فان قلنا لا تصح الوصية للقاتل لم تصح هذه الوصية ، وإن قلنا تصح الوصية للقاتل اعتبر أرش الاصبع من ثلث تركته . فان خرج من الثلث صحت الوصية فيه للقاتل ، وإن لم يخرج من الثلث لم تصح ، وإن كان بلفظ العفو والإبراء بأن قال عفوت عن قود هذه الجناية وديتها ، أو قال أبرأته من أرشها ، ففيه قولان

(أحدهما) حكمه حكم الوصية لأنه يعتبر من الثلث ، فعلى هذا يكون على قولين كالوصية للقاتل بلفظ الوصية (والثانى) ليس بوصية ، لأن الوصية ما تكون بعد الموت ، وهذا إسقاط فى حال الحياة . فعلى هذا يصح الابراء عن أرش الاصبع ، ويجب عليه تسعة أعشار دية النفس لأنه لم يبرأ منها .

وأما إذا قال عفوت عن هذه الجناية قودها وديتها وما يحدث منها ، فان القود سقط فى الاصبع والنفس ، لأن العفو يصح عن القصاص الذى لم يجب بدليل أنه لو قال لرجل اقتلنى ولا شىء عليك فقتله لم يجب عليه قصاص لما تقدم ذكره . وأما الارش — فان كان ذلك بلفظ الوصية بأن قال أوصيت له بأرش الجناية وأرش ما يحدث منها — فإن قلنا تصح الوصية للقاتل وخرج جميع الدية من الثلث — صحت الوصية ، وان خرج بعضها من الثلث صح ما خرج من الثلث ووجب الباقى . وان قلنا لا تصح الوصية للقاتل وجبت جميع الدية . وان قال أبرأته عن أرش هذه الجناية وأرش ما يحدث منها — فإن قلنا ان حكم الابراء حكم الوصية — كان على قولين كما لو كان بلفظ الوصية وان قلنا ان حكم الابراء ليس كالوصية صحت البراءة فى دية الاصبع لأنها ابراء عنها بعد الوجوب ، ولم تصح البراءة فيما زاد على دية الأصبع ، لأنه ابراء عنها قبل الوجوب . هكذا ذكر الشيخان أبو حامد وأبو اسحاق

وقال ابن الصباغ : فى صحة براءته من أرش ما زاد على دية الاصبع قولان من غير بناء على حكم الوصية

(أحدهما) لا تصح البراءة لأنه ابراء عما لم يجب ، فأشبه اذا عفى عما يتولد من الجناية فسرت الى الكف

(والثانى) تصح لأن الجناية على الطرف جناية على النفس ، لأن النفس لا تباشر بالجناية ، وانما يجنى على أطرافها ، فإذا عفى بعد الجناية عليها صح ، ويفارق الكف لأن الجناية على الاصبع ليس بجناية على النفس ، لأنه يباشر بالجناية ، فإذا قلنا يصح بنى على القولين فى الوصية للقاتل على ما مضى

(فرع) لو قطع يدى رجل عمداً فبرئت اليدان فقطع المجنى عليه احدى يدى الجانى وعفا عن الأخرى على الدية وقبضها ثم انتقضت يد المجنى عليه ومات

لم يكن لورثته القصاص ، لأنه مات من جراحتين إحداهما لا قصاص فيها وهى المعفو عنها ، ولا يستحق شيئاً من الدية ، لأنه قد استوفى نصف الدية وما قيمته نصف الدية ، فإن لم يمت المجنى عليه ولكن الجانى انتقضت عليه يده ومات لم يرجع ورثته على المجنى عليه بشيء ، لأن القصاص لا تضمن سرايته ، وإن قطع إحدى يدى الجانى فمات من قطعها ، ولم يأخذ بدل اليد الاخرى كان له أن يأخذه لأنه وجب له القصاص فى اليدين ، وقد فاته القصاص فى أحدهما بما لا ضمان عليه فيه ، فهو كما لو سقطت بأكلة ومات حتف أنفه

وإن مات المجنى عليه من قطع اليدين ولم تبرأ فقطع الوارث إحدى يدى الجانى فمات من قطع يده قبل أن تقطع الاخرى لم يرجع بدية اليد الأخرى ، لأن الجناية إذا صارت نفساً سقط حكم الاطراف ، وقد سرى قطع يد الجانى إلى النفس فاستوفى النفس بالنفس ، وليس كذلك إذا برىء اليدان ولم يمت ، فإن الاعتبار بالطرفين ولا يسقط بدل احداهما باستيفاء بدل الاخرى ، وهكذا حكم كل طرفين متميزين مثل الرجلين والعينين

قال المصنف رحمه الله تعالى :

﴿ فصل ﴾ اذا قطع يد رجل فسرى القطع الى النفس فاقتص فى اليد ثم عفى عن النفس على غير مال لم يضمن اليد لأنه قطعها فى حال لا يضمنها ، فأشبه اذا قطع يد مرتد فأسلم ، ولأن العفو رجع الى ما بقى دون ما استوفى ، كما لو قبض من دينه بعضه ثم أبرأه . وان عفى على مال وجب له نصف الدية لأنه بالعفو صار حقه فى الدية ، وقد أخذ ما يساوى نصف الدية فوجب له النصف ، فإن قطع يدى رجل فسرى الى نفسه فقطع الولى يدى الجانى ثم عفا عن النفس لم يجب له مال لأنه لم يجب له أكثر من دية ، وقد أخذ ما يساوى دية فلم يجب له شيء . وإن قطع نصرانى يد مسلم فاقتص منه فى الطرف ثم سرى القطع الى نفس المسلم فللولى أن يقتله ، لأنه صارت الجناية نفساً وان اختار أن يعفو على الدية ففيه وجهان :

(أحدهما) أنه يجب عشرة آلاف درهم ، لأن دية المسلم اثنا عشر ألفاً

وقد أخذ ما يساوى ألفى درهم فوجب الباقى (والثانى) أنه يجب له نصف ديته وهو ستة آلاف درهم ، لأنه رضى أن يأخذ يداً ناقصة بيد كاملة ديتها ستة آلاف درهم فوجب الباقى ، وان قطع يديه فاقتص منه ثم سرى القطع الى نفس المسلم فللولى أن يقتله لأنه صارت الجناية نفسا ، فإن عفى على الدية أخذ على الوجه الاول ثمانية آلاف درهم لانه أخذ ما يساوى أربعة آلاف درهم وبقى له ثمانية آلاف درهم ، وعلى الوجه الثانى لا شىء له لأنه رضى أن يأخذ نفسه بنفسه ، فيصير كما لو استوفى ديته .

وان قطعت امرأة يد رجل فاقتص منها ، ثم سرى القطع الى نفس الرجل ، فلوليه أن يقتلها لما ذكرناه ، فان عفا على مال وجب على الوجه الأول تسعة آلاف درهم ، لأن الذى أخذ يساوى ثلاثة آلاف درهم وبقى تسعة آلاف درهم وعلى الوجه الثانى يجب ستة آلاف لأنه رضى أن يأخذ يدها بيده ، وذلك بقدر نصف ديته وبقى النصف

(الشرح) اذا قطع يد رجل فسرى القطع الى نفسه فقطع الولى يده ثم عفا عنه فلا ضمان عليه فى اليد ، وكذلك لو قتل رجل رجلا فبادر الولى فقطع يد الجانى ثم عفا عنه فلا ضمان عليه فى اليد وكذلك لو قتل رجل رجلا فبادر الولى فقطع يد الجانى ثم عفا عنه فلا ضمان عليه . وقال أبو حنيفة يلزمه دية اليد .

ولنا أنه قطع يده فى حال أبيح له قطعها فلم يلزمه ضمانه كما لو قطع يد مرتد فأسلم . وأما العفو فإنما ينصرف الى مابقى دون ما استوفى ، وان قطع يهودى يد مسلم فاقتص المسلم من اليهودى ثم مات المسلم فلوليه أن يقتل اليهودى ، فان عفا عنه على مال ففيه وجهان

(أحدهما) يجب له نصف الدية ، لأن المجنى عليه قد أخذ اليهودى بيده واليد تقوم بنصف الدية فكأنه رضى أن يأخذ يداً ناقصة بيد كاملة

(والثانى) يستحق خمسة أسداس دية المسلم ، لأن دية يد اليهودى سدس يد المسلم . وان قطع اليهودى يدى المسلم فاقتص المسلم وقطع يدى اليهودى ثم مات المسلم واختار وليه العفو على مال لم يستحق شيئا على الوجه الاول ويستحق

على الثانى ثلثى دية المسلم . وإن قطعت امرأة يد رجل فاقتص منها ثم مات المجنى عليه فلوليه أن يقتلها ، فإن عفى عنها على مال استحق على ا جه الأول نصف الدية وعلى الثانى ثلاثة أرباع الدية ، فإن قطعت يديه فاقتص منها ثم مات من الجناية ولم يقتلها وليه لكن عفا عنها على مال لم يستحق شيئا على ا جه الأول ، وعلى الثانى يستحق نصف الدية .

وإن قطع رجل يد رجل وهما متساويان فى الدية منه فى اليدين ثم مات المجنى عليه ولم يخير وليه قتله ، لكن عفا عنه على مال لم يستحق شيئا وجها واحدا لأنه يستحق الدية وقد أخذ ما يساوى الدية .

(فرع) اذا جرح رجل رجلا مرتداً جراحة ، فأسلم المرتد ثم جاء الجارح ومعه ثلاثة رجال وجرحه كل واحد منهم جراحة يموت من مثلها ومات من الجراحات الخمس لم يجب القصاص فى النفس لأنه مات من جراحة مضمونة وغير مضمونة فيجب فيها سبعة أثمـــان الدية وعلى الذى جرحه فى الردة ثمن الدية ، وعلى كل واحد من الثلاثة ربع الدية ، لأنه مات من خمس جراحات إلا أن الذى جرحه فى حال الردة يسقط عنه ما خص الجراحة فى حال الردة ، لأن الدية تقسم على عدد الجارحين لا على عدد الجراحات ، فكان الذى يخص الجانى الأول ربع الدية فسقط عنه الثمن ، وإن جنى عليه ثلاثة رجال فى ردته فأسلم ثم جنى عليه أحد من غيرهم ومات من الجراحات وجب على الذى جرحه بعد أن أسلم ربع ديته ويسقط عنه ثلاثة أرباع ديته . وان كان الذى جنى عليه بعد الاسلام أحد الثلاثة وجب عليه سدس الدية ، ولم يجب على الباقين شيء .

وإن جرحه ثلاثة فى حال ردته ثم عاد الى الاسـلام وجاء أحد الثلاثة مع أربعة غير الثلاثة وجرحوه ومات من الجراحات ، فقد مات من جراحة سبعة فيسقط سبعا الدية ، وهما مايخص الرجلين الجارحين فى الردة ويجب على الاربعة الذين انفردوا بالجراحة فى الاسـلام أربعة أسباع الدية ويجب على الذى جرحه فى الردة والاسلام نصف سبع الدية . وإن جرحه أربعة فى ردته ثم عاد أحدهم وجرحه بعد اسلامه ومات من الجراحات وجب على الذى جرحه بعد اسلامه ثمن الدية ويسقط باقى ديته ، والله تعالى أعلم

تمّ الجزء الثامن عشر ويليه الجزء التاسع عشر

وأوله كتاب الديات